

ERSTATNING VED FEILDIAGNOSE

De materielle vilkårene for pasientens krav på erstatning ved feildiagnose

Kandidatnr: 263

Veileder: Asbjørn Kjønsstad

Våren 2005

Leveringsfrist: 25.04.2005

Til sammen 17877 ord

25.04.2005

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	PROBLEMSTILLING OG AVGRENSNING	1
1.2	BEGREPSAVKLARING	2
1.2.1	ERSTATNINGSBEGREPET	2
1.2.2	DIAGNOSEBEGREPET	3
1.2.3	FEILDIAGNOSEBEGREPET	4
1.3	HISTORIE	4
1.4	FORHOLDET TIL ANNEN LOVGIVNING	6
1.5	KILDEMATERIALET	7
1.5.1	LOV OG FORSKRIFT	7
1.5.2	FORARBEIDER	8
1.5.3	RETTSPRAKSIS	8
1.5.4	PRAKSIS FRA NPE OG PSN	9
1.5.5	TEORI	11
1.5.6	HENSYNENE BAK REGELEN OM PASIENTSKADEERSTATNING	11
1.6	METODE	14
<u>2</u>	<u>PASIENTSKADELOVENS ANVENDELSESOMRÅDE</u>	<u>16</u>
2.1	HVA ANSES SOM OFFENTLIG HELSETJENESTE?	16
2.2	GEOGRAFISK VIRKEOMRÅDE	17
2.3	SKADESTED	17
2.4	SKADEVOLDER	19
2.5	SKADESITUASJONER	20
2.6	HVEM KAN KREVE ERSTATNING?	22
2.7	ANSVARSSUBJEKT	22
<u>3</u>	<u>ERSTATNING ETTER PASIENTSKADELOVEN</u>	<u>23</u>
3.1	SKADEVILKÅRET	23
3.2	ANSVARSGRUNNLAG	24
3.2.1	OBJEKTIVT ANSVAR	24

3.2.2	DEN OBJEKTIVISERTE FORVENTNING	25
3.2.3	RESSURSFORBEHOLDET	29
3.2.4	SIKKERHETSVENTILEN	30
3.3	ADEKVAT ÅRSAKSSAMMENHENG	31
3.3.1	FAKTISK ÅRSAKSSAMMENHENG	31
3.3.2	ADEKVANSBEGRENSNINGEN	35
<u>4</u>	<u>ERSTATNING ETTER ALMINNELIG ERSTATNINGSRETT</u>	<u>37</u>
4.1	SKADEVILKÅRET	37
4.2	ANSVARSGRUNNLAGET	37
4.2.1	CULPANORMEN	37
4.2.2	CULPANORMENS OBJEKTIVE ELEMENTER	39
4.2.3	CULPANORMENS SUBJEKTIVE ELEMENTER	42
4.2.4	GRADEN AV UAKTSOMHET	45
4.2.5	HVOR STRENG ER CULPANORMEN?	45
4.2.6	ERSTATNING PÅ ULOVFESTET OBJEKTIVT GRUNNLAG	46
4.3	ADEKVAT ÅRSAKSSAMMENHENG	47
<u>5</u>	<u>BEVISBYRDEN</u>	<u>48</u>
<u>6</u>	<u>SAMTYKKETS RETTSVIRKNING VED BEGRENSEDE</u>	
	<u>UNDERSØKELSER FORUT FOR DIAGNOSEFASTSETTELSEN</u>	<u>51</u>
<u>7</u>	<u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</u>	<u>54</u>
<u>8</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>55</u>

1 Innledning

1.1 Problemstilling og avgrensning

Problemet i denne oppgaven er pasienters krav på erstatning når det foreligger en feildiagnose fra lege. Dette innebærer de tilfeller hvor skadene som er skjedd, er en konsekvens av uriktig eller for sent stilt riktig diagnose. Feil behandling vil også kunne føre til at pasienten har krav på erstatning, men dette faller utenfor temaet i oppgaven.

I den siste tiden har det vært noen saker i media som omhandler feildiagnoser. For eksempel skriver Verdens Gang den 17.03.05 om en lege som trodde at pasienten hadde bihulebetennelse. Legen ga pasienten morfinpreparater og sendte henne hjem. Det viste seg at pasienten led av en livstruende hjerneblødning.¹ Bare seks dager senere skriver Verdens Gang på nytt om et tilfelle med feildiagnose. Legevakta hadde gitt ei en uke gammel jente diagnosen luft i magen. Senere viste det seg at hun led av en alvorlig hjertesykdom.² Et tredje eksempel er pasienten som fikk fjernet magesekken på grunn av en feil kreftdiagnose. Pasienten fikk erstatning fra Norsk Pasientskadeerstatning (heretter forkortet NPE) fordi sykehuset stolte blindt på prøvene fra et laboratorium som feilaktig konkludert med kreft i magen.³ Så feildiagnoser er et dagsaktuelt tema.

I lov om erstatning ved pasientskader mv. av 15. juni 2001 nr. 53 (heretter forkortet pasientskadeloven) § 1 er det regulert hva slags type skader som dekkes av loven. For de fleste av disse skadene er det helsepersonell som vil være skadevoldere. Hvem som er å regne som helsepersonell, er regulert i lov om helsepersonell av 2. juni 1999 nr. 64 (heretter forkortet helsepersonelloven) § 3. Siden det som regel vil være en lege som har det avgjørende ordet i fastsettelsen av diagnosen, vil jeg konsentrere meg om de tilfellene hvor det er en autorisert lege som stiller feil diagnose, og avgrenser dermed mot de tilfeller hvor annet helsepersonell er skadevolder.

¹ Viken, Sendt hjem med hjerneblødning. <http://www.vg.no/pub/vgart.hbs?artid=270656>.

² "Luft i magen" var hjertefeil. <http://www.vg.no/pub/vgart.hbs?artid=271307>.

³ Vinding, Fjernet magesekken til frisk pasient. <http://www.vg.no/pub/vgart.hbs?artid=274922>

Hvor mye den enkelte pasient eventuelt vil få utbetalt i erstatning, faller utenfor oppgaven. Det samme gjelder erstatning som dekker ikke-økonomisk tap, som for eksempel ménerstatning.

1.2 Begrepsavklaring

1.2.1 Erstatningsbegrepet

Utgangspunktet for erstatning er at det har skjedd en skade. Ordet erstatning vil i vid forstand betegne enhver gjenoppretting av følgene av skaden. Spørsmålet blir så hvem som da er nærmest til å betale for denne skaden. Erstatningsretten omhandler hva som skal til for at skadevolder, her legen eller NPE på vegne av legen, blir erstatningspliktige overfor skadelidte, pasienten.⁴

Det skilles mellom erstatningsplikt i og utenfor kontraktsforhold. I kontraktsforhold omfatter de tilfeller hvor erstatningsplikten springer ut av en kontrakt mellom skadevolder og skadelidte. Hvis det ikke foreligger et kontraktsforhold mellom skadevolder og skadelidte, men med en utenforstående tredjeperson, vil det være erstatning utenfor kontraktsforhold. Erstatning i kontraktsforhold behandles i obligasjonsretten, mens reglene om erstatning utenfor kontrakt behandles i erstatningsretten.⁵

Spørsmålet blir så hvor vil forholdet mellom en skadevoldende lege og en skadelidt pasient bli behandlet. Profesjonsansvaret ligger i grenseområdet mellom erstatningsretten og obligasjonsretten. En lege som diagnostiserer en pasient, vil trolig ikke tenke så mye på at undersøkelsen skjer på grunnlag av en avtale hvor han eller hun har påtatt seg å gjøre sitt beste.

For ca. 100 år siden ble forholdet mellom legen og pasienten ansett som et kontraktsforhold. Det var et gjensidig forhold, hvor legen pliktet å yte helsehjelp mens pasienten pliktet å betale. Pasienten hadde på denne tiden et sterkt vern. Hvis en pasient var misfornøyd med helsehjelpen fra legen, hadde pasienten kontraktsrettslige sanksjoner og rettssikkerhetsgarantier som kunne gjøres gjeldende.⁶

⁴ Lødrup, Lærebok i erstatningsrett. 4. utg. 1999 s. 23.

⁵ Lødrup, Lærebok i erstatningsrett. 4. utg. 1999 s. 28-29.

⁶ Kjønstad, Kompendium i helserett. 1. utg. 2004 s. 20.

Senere ble dette direkte kontraktsforholdet mellom legen og pasienten gradvis mer usynlig. Dette skjedde fordi en ny aktør kom inn i bildet, nemlig sykehuset. Forholdet mellom sykehus og helsearbeiderne var et arbeidsrettslig forhold, mens forholdet mellom sykehus og pasient var et forvaltningsrettslig forhold. Det var tvilsomt om pasienten hadde anledning til å påberope seg de forvaltningsrettslige garantiene.⁷

I den senere tid har staten kommet mer og mer inn i bildet. Staten er både utøver av offentlig myndighet og eier av helseforetakene som er ansvarlig for spesialisthelsetjenesten. Det kontraktsrettslige forholdet mellom legen og pasienten som eksisterte for hundre år siden, er det nå bare rester igjen av. Pasienten står først og fremst i et rettsforhold med de kommunale helsetjenestene og de statlige helseforetakene. I dette rettsforholdet er det først og fremst forvaltningsrettens rettssikkerhetsgarantier pasienten kan benytte.⁸

Skader som har oppstått i forholdet lege-pasient har i dag blitt sett på som skade oppstått utenfor kontrakt, og dermed blitt behandlet i erstatningsretten.

1.2.2 Diagnosebegrepet

Å diagnostisere er et annet ord for å klassifisere. Dette betyr at personens opplevde helseproblem og prøveresultater får en merkelapp. Legen må forenkle og plassere prøveresultatene og den subjektive opplevelsen til pasienten inn i en boks med avgrensninger, for så å finne en diagnose som passer til å beskrive problemet. En eller flere alternative diagnoser kan være aktuelle løsninger på problemet på et tidlig stadium. De alternative diagnosene kan basere seg på klare symptomer eller tegn. Diagnosene kan være preget av større eller mindre grad av sannsynlighet. "Sikker" diagnose lar seg vanligvis ikke stille allerede ved første konsultasjon. Mange av sykdomstegnene er ofte fraværende i det tidlige stadiet, og avgjørelser må fattes på grunnlag av symptomer. Det må fattes beslutninger uten at det foreligger klare kjennetegn på en bestemt sykdom. Sykdomstegnene vil som regel bli klarere etter hvert som sykdommen forløper.⁹

Ofte vil en leges beslutning bygge på analogivurderinger: Hva ligner dette på? Summen av legens tidligere erfaringer vil kunne være avgjørende for hvor mange

⁷ Kjønstad, Kompendium i helserett. 1. utg. 2004 s. 21.

⁸ Kjønstad, Kompendium i helserett. 1. utg. 2004 s. 22-23.

⁹ Klassifikasjoner og definisjoner for primærhelsetjenesten, WONCAs internasjonale klassifikasjoner og definisjoner tilrettelagt for Norge. 1991 s. 19-29.

analogimuligheter legen ser. Analogislutninger danner grunnlag for formulering av hypoteser, som deretter kan testes med ja/nei spørsmål. Så sjekkes de viktigste symptomene og tegnene som kan bekrefte eller avkrefte en hypotese. Dersom disse bekrefter en hypotese, vil legen ha en merkelapp: En diagnose.¹⁰

1.2.3 Feildiagnosebegrepet

Begrepet "feil" er juridisk et ganske diffust ord. I medisin eksisterer det derimot naturvitenskaplige spørsmål som det er tilnærmet lik fasitsvar på,¹¹ og derfor vil bruken av "feil" kunne passe bra. Hvis fasiten eller diagnosen er blindtarmbetennelse vil det være medisinsk feil å gi pasienten diagnosen gallestein.

Begrepet feildiagnose innebærer at legen ikke har definert problemet godt nok til at det kan løses ut fra den merkelappen han har satt på sykdommen. Legen har forstått og observert symptomene og tegnene på en måte som gjør at den diagnosen han har kommet fram til ikke stemmer med den sykdommen som pasienten faktisk har. Selv om den etterfølgende behandlingen som pasienten får er riktig i forhold til feildiagnosen, vil resultatet av denne behandlingen ikke nødvendigvis gjøre pasienten "frisk". Hovedmålet for pasienten vil som regel være å bli frisk. Hva legen kaller sykdommen, vil som regel komme i andre rekke.

Også de tilfeller hvor det tar for lang tid før riktig diagnose blir stilt, omfattes av begrepet feildiagnose. Dette vil typisk være at det først blir stilt en feil diagnose, så foretas det en behandling på bakgrunn av denne diagnosen, men behandlingen har ingen effekt. Kanskje er det først da den innledende behandlingen ikke virker, at legen ser hvor han har vurdert feil og hvilke undersøkelser legen skulle ha gjort, og dermed finner fram til riktig diagnosen. En annen mulighet er at legen sender pasienten til en spesialist som er mer kjent med symptomene til de forskjellige diagnosene.

1.3 Historie

Pasientskadeloven trådte i kraft for den offentlige helsetjenesten 1. januar 2003. Denne loven er et resultat av en utvikling som startet rundt 1985. Før dette fikk ingen

¹⁰ Klassifikasjoner og definisjoner for primærhelsetjenesten, WONCAs internasjonale klassifikasjoner og definisjoner tilrettelagt for Norge. 1991 s. 27-29.

¹¹ Kjønstad, Medisinske feil i erstatningsrettslig og helserettslig perspektiv. I Medisinske feil. 2000 s. 60.

pasient tilkjent erstatning med mindre det kunne bevises at legen eller sykehuset hadde opptrådt uaktsomt. I praksis viste dette seg å være ganske vanskelig. Av 34 saker som ble behandlet av Høyesterett på 1900-tallet, vant pasientene kun frem i åtte av sakene, hvorav tre på objektivt grunnlag.¹²

I 1975 fikk Sverige en frivillig pasientskadeforsikringsordning basert på ansvarsregler uten skyld. Norge hadde ikke lignende regler på denne tiden. Utover 1980-årene økte fokus på pasienterstatningsvernet. I 1985 tok daværende sosialminister Tove Strand Gerhardsen opp spørsmålet om pasienterstatningsregler i et regjeringsnotat. I 1987 gikk regjeringen inn for regler om pasienterstatning.¹³ Utgangspunktet var et objektivt ansvar, men med visse begrensinger. I praksis resulterte det i et objektivt ansvar hvis behandlingen eller undersøkelsen ikke var adekvat, eller at skadefølgen ikke var kjent eller ikke kunne aksepteres.¹⁴ Lovgiver ville avvente med fullt objektivt ansvar til man hadde sett hvordan det begrensede ansvaret fungerte i praksis.¹⁵

De midlertidige reglene ble kalt for Norsk Pasientskadeerstatning og trådte i kraft 1. januar 1988. Ordningen var en midlertidig avtalebasert erstatningsordning. Avtalen ble inngått mellom staten og fylkeskommunene, som på den tid var ansvarlig for sykehusene. Den midlertidige ordningen gjaldt til å begynne med bare for somatiske sykehus og poliklinikker. Den 1. juli 1992 ble dekningsområdet utvidet. Ordningen skulle nå også gjelde for kommunelegetjenesten, de kommunale legevaktene og psykiatriske sykehus og poliklinikker.¹⁶

Den midlertidige ordningen var ment avløst av en lovregulert ordning. I 1987 ble det oppnevnt et utvalg for å utrede og foreslå lovbestemmelser om pasientskadeerstatning. Utvalget avga sin utredning i 1991.¹⁷ Regjeringen la i Ot.prp. nr. 31 (1998-99) fram forslag til pasientskadelov for Stortinget. Det ble foretatt

¹² Kjønstad, Medisinske feil i erstatningsrettslig og helserettslig perspektiv. I Medisinske feil. 2000 s. 62-63.

¹³ Jørstad, Den nye pasientskadeloven, særlig om offentlige helsetjenester. I Tidsskrift for Erstatningsrett. Nr. 2-3. 2004 s. 138-139.

¹⁴ Syse, Helserettslige dommer siden 1985. I Lov og Rett. 2004 s. 394.

¹⁵ Reiersen, Ny lov om pasientskadeerstatning, særlig om private helsetjenester. I Tidsskrift for Erstatningsrett. Nr. 2-3. 2004 s. 124.

¹⁶ Reiersen, Ny lov om pasientskadeerstatning, særlig om private helsetjenester. I Tidsskrift for Erstatningsrett. Nr. 2-3. 2004 s. 124.

¹⁷ NOU 1992: 6 s. 11-12.

noen endringer i utkastet i Ot.prp. nr. 55 (1999-2000). Forslaget til ny pasientskadelov ble behandlet i Innstilling O. nr. 68 2000-2001. Pasientskadeloven overtok som gjeldende rett for den midlertidige ordningen først 1. januar 2003, jfr. pasientskadeloven § 20.

Sammenligner man det erstatningsrettslige vernet etter den midlertidige ordningen og pasientskadeloven, er det på særlig to punkter det er gjort endringer. For det første er det ingen begrensinger til fysiske skader i pasientskadeloven, sånn som det var etter den midlertidige ordningen. For det andre har også tredjepersoner nå fått et vern mot økonomisk tap med pasientskadeloven.¹⁸

Etter at pasientskadeloven trådte i kraft, har man videreført ordningene med NPE og Pasientskadenemnda (heretter forkortet PSN). Det er fortsatt slik at hvis en pasient mener at han eller hun har fått feil diagnose, retter de først et skriftlig krav om erstatning til NPE, jfr. pasientskadeloven § 9. En pasient kan klage på vedtak fra NPE til PSN innen tre uker, jfr. pasientskadeloven § 12 første ledd siste punktum.

1.4 Forholdet til annen lovgivning

Ytelser etter lov om folketrygd av 28. februar 1997 nr. 19 (heretter forkortet folketrygdloven) utgjør en stor del av kompensasjonen personer kan få ved personskader eller sykdom. Disse ytelsene har pasientene krav på uavhengig av årsak til skaden eller sykdommen, og følgelig også uavhengig av om det kan plasseres skyld på legen eller sykehuset.¹⁹

Pasienter med feildiagnose kan få dekket en del utgifter til livsopphold etter folketrygdloven. Dette kan være sykepenges etter folketrygdlovens kapittel 8, ytelser under medisinsk rehabilitering etter folketrygdlovens kapittel 10, ytelser til yrkesrettet attføring etter folketrygdlovens kapittel 11 og tidsbegrenset uførestønad og uførepensjon etter folketrygdlovens kapittel 12. I tillegg gis det stønad til dekning av bestemte utgifter, for eksempel til undersøkelser og behandling etter folketrygdloven §§ 5-4 til 5-12, til dekning av utgifter til legemidler etter folketrygdloven §§ 5-14 og 5-15, og dekning av visse ekstraavgifter og til særskilt tilsyn

¹⁸ Syse, Helserettslige dommer siden 1985. I Lov og Rett. 2004 s. 400.

¹⁹ NOU 1992: 6 s. 16.

eller pleie på grunn av varig sykdom, skade eller lyte (grunnstønad og hjelpestønad) etter folketrygdlovens kapittel 6.

Etter lov om skadeserstatning av 13. juni 1969 nr. 26 (heretter forkortet skadeserstatningsloven) § 3-1 tredje ledd skal det gjøres fradrag ved erstatningsutmålingen for trygdeytelser. Skadeserstatningsloven gjelder for utmåling av erstatning etter pasientskadeloven, jfr. pasientskadeloven § 4. Norsk rett følger det grunnprinsipp at erstatningsreglene er subsidiære. En pasient kan ikke kreve noe av sykehuset eller legen før han eller hun kan påvise tap utover det folketrygden dekker.²⁰

En annen konsekvens av at erstatningsretten er subsidiær, er at det kan tas hensyn til forsikringsutbetalinger i erstatningsutmålingen, jfr. skadeserstatningsloven § 3-1.

Det som her er sagt, gjelder både for erstatning etter pasientskadeloven og erstatning etter alminnelig erstatningsrett.

1.5 Kildematerialet

1.5.1 Lov og forskrift

Det er, som nevnt under punkt 1.3, pasientskadeloven som først og fremst er relevant for dagens feildiagnoser. Pasientskadeloven bygger imidlertid videre på den midlertidige ordningen fra 1988.²¹ Dermed vil forståelsen av den midlertidige ordningen være relevant for forståelsen av pasientskadeloven. Pasientskadeloven gjelder ikke for den private delen av helsesektoren. Her vil fortsatt de ulovfestede reglene komme til anvendelse.

I pasientskadeloven § 21 er det fastsatt noen overgangsregler. Skader som er voldt etter 1. januar 2003 vil bli behandlet etter pasientskadeloven og eventuelt supplert med alminnelige erstatningsregler. Er skaden voldt mellom 1. januar 1988 og 31. desember 2002 vil den materielle delen av erstatningskravet bli behandlet etter den midlertidige ordningen, men pasientskadeloven vil gjelde for den prosessuelle delen av kravet. Før 1. januar 1988 er det de alminnelige ulovfestede erstatningsreglene som gjelder for erstatningskravet, både for den materielle og prosessuelle delen av kravet.

²⁰ NOU 1992: 6 s. 18.

²¹ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 63.

Det er utgitt en forskrift til pasientskadeloven, forskrift av 20. desember 2002 nr. 1625 om Norges Pasientskadeerstatning og klageinstansen Pasientskadenemnda. Denne er ikke relevant i forhold til oppgavens tema.

1.5.2 Forarbeider

Forarbeidene til pasientskadeloven er først og fremst Ot.prp. nr. 31 (1998-99) om lov om erstatning ved pasientskader. Proposisjonen omhandler pasientskadeloven og rettstilstanden etter den alminnelige erstatningsretten. Den bygger videre på utredningen fra Lødrup-utvalget om erstatning ved pasientskader, NOU 1992: 6.

I 1999 ble det foretatt visse endringer i forhold til Ot.prp. nr. 31 (1998-99). Det ble utarbeidet en tilleggsproposisjon, Ot.prp. nr. 55 (1999-2000). Denne proposisjonen omhandler først og fremst endringer av ord og uttrykk i Ot.prp. nr. 31 (1998-99), slik at det ble samsvar med helselovene av 1999.

1.5.3 Rettspraksis

Siden utviklingen av den alminnelige erstatningsretten har blitt ført gjennom rettspraksis, er det klart at rettspraksis vil være en viktig rettskilden. Den første avgjørelsen som omhandler feildiagnoseproblematikken er antakeligvis Rt. 1919 side1.

Det er ikke så mange avgjørelser som er avsagt i forbindelse med pasientskadeloven siden den er såpass ny. Noen har allikevel blitt avsagt, men til dags dato finnes det ingen som omhandler feildiagnoseproblematikken. Avgjørelser som ble avsagt etter den midlertidige ordningen vil være relevante, siden pasientskadeloven er en videreføring av den midlertidige ordningen.²²

Etter pasientskadeloven § 18 er det bare PSNs vedtak som kan bringes inn for domstolene. Før domstolenes rettslige prøving, må den forvaltningsmessige klageadgang være uttømt. PSN er et uavhengig forvaltningsorgan. Derfor vil PSNs avgjørelser bli regnet som enkeltvedtak og domstolene kan prøve vedtakets materielle sider.²³

²² Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 63.

²³ Rasmussen, Norsk Lovkommentar, 4. utgave, 2002 Bind 3, s. 3348 note 37.

Utgangspunktet for hva domstolene kan prøve står i lov om rettergangsmåten for tvistemål av 13. august 1915 nr. 6 § 435. Her er hovedregelen at domstolene bare kan prøve lovmessigheten av vedtaket. Domstolene kan ikke prøve forvaltningsskjønnet med mindre læren om myndighetsmisbruk tillater dette. Siden muligheten til erstatning er rettighetsbasert, og ikke skjønnbasert, vil ikke dette problemet oppstå her. Ingen av lovens vilkår er uttrykk for forvaltningsskjønn.²⁴

Visse ord i pasientskadeloven er derimot temmelig skjønnsmessige, for eksempel pasientskadeloven § 2 tredje ledd hvor det kan "unntaksvis ytes erstatning når det har skjedd en pasientskade som er særlig stor eller særlig uventet, og som ikke kan anses som utslag av en risiko som pasienten må akseptere". Siden forarbeidene ikke gir noe uttrykk for at dette ikke skal kunne overprøves av domstolene, tyder dette på at de må sees på som rettsvilkår og noe som dermed kan overprøves.²⁵

Dette synet får støtte av Høyesterett, Rt. 1998 side 1336. En kvinne fikk under en fødsel en overrivning av endetarmsmuskelen. Pasienten fikk ikke erstatning, fordi det forelå adekvat behandling. På side 1340 sier Høyesterett i et obiter dictum, at "skadelidte - istedenfor å reise ordinær erstatningssak – kan bringe nemndas vedtak inn for domstolene etter de regler som gjelder ved domstolenes prøving av forvaltningsvedtak. Det beror på et rettsanvendelsesskjønn om de materielle vilkårene for erstatningsansvar for NPE foreligger, og domstolene vil derfor kunne prøve om nemndas vedtak bygger på en riktig bevisbedømmelse og rettsanvendelse".

Selv om denne avgjørelsen omhandler reglene fra den midlertidige ordningen, må den også gjelde etter pasientskadeloven, siden det ikke er noen holdepunkter for at lovgiver mente å endre på dette punktet. Domstolens kompetanse er med andre ord sammenfallende med NPEs og PSNs kompetanse.

1.5.4 Praksis fra NPE og PSN

Da jeg tok kontakt med NPE fikk jeg følgende statistikk:²⁶

I 2004 behandlet NPE 2 043 ansvarvedtak. Av disse fikk 761 personer medhold, og følgelig fikk 1282 avslag. Dette innebærer at litt over 1/3, ca. 37 prosent, av de som

²⁴ Rasmussen, Norsk Lovkommentar. 4. utgave. 2002 Bind 3, s. 3348 note 37.

²⁵ Rasmussen, Norsk Lovkommentar. 4. utgave. 2002 Bind 3, s. 3348 note 37.

²⁶ Willumstad Thomsen. Telefonsamtale.

søkte om erstatning fra NPE, fikk medhold. Til sammen var det 456 krav på bakgrunn av forsinket eller feil diagnose, og av disse fikk 145 medhold, ca. 32 prosent. Ca. 22 prosent av alle sakene som NPE behandlet i 2004, var på bakgrunn av forsinket eller feil diagnose.

I 2003 behandlet NPE litt flere ansvarsvedtak. Da var det samlede antall på 2216 vedtak. Av disse fikk 34 prosent medhold, mens 66 prosent fikk avslag. NPE behandlet 406 vedtak om forsinket eller feil diagnose. Dette tilsvarer ca. 18 prosent av alle ansvarsvedtak dette året. Av disse kravene fikk 141 medhold, ca. 35 prosent, mens 265 fikk avslag.

Ut fra dette kan vi se at forholdet mellom medhold og avslag på bakgrunn av forsinket eller feil diagnose, er stort sett det samme som når det gjelder forholdet mellom medhold og avslag når alle NPEs ansvarsvedtak sees under ett. Pasienter med feildiagnose har altså ikke noe erstatningsrettslig dårligere vern enn ved andre pasientskader.

Jeg tok også kontakt med PSN med ønske om å se på nemndas praksis og konkrete vurderinger rundt feildiagnoseproblematikken. Da jeg var der forelå det, på bakgrunn av mine undersøkelser, bare syv avgjørelser om erstatning ved feildiagnose etter pasientskadeloven.²⁷ Tre av disse var ikke relevant for oppgaven og vil derfor ikke bli omtalt her. I de fire sakene jeg omtaler, fikk ingen av pasientene medhold. På bakgrunn av dette har jeg tatt med noen avgjørelser etter den midlertidige ordningen hvor pasientene fikk medhold. Disse er tilfeldig plukket ut.

Et viktig spørsmål er hvor bundet de alminnelige domstolene er av praksisen fra PSN. Utgangspunktet er at domstolene ikke er bundet av forvaltningspraksis, men legger en viss vekt på den. Aktuelle momenter i vurderingen av forvaltningspraksisens relevans kan være: Hvor fast den er, hvor utbredt den er, er den varig, er det endringer til gunst eller ugunst for pasienten, og hvor bra kyndighet de aktuelle forvaltningsorganene har.²⁸

Praksisen til PSN blir stadig større. Fortsatt er trolig ikke avgjørelsesmengden av et så stort omfang at det er lett å trekke noen klare linjer ut av den. Derfor vil praksisen fortsatt ha en begrenset vekt i spørsmål om erstatning på bakgrunn av en feildiagnose.

²⁷ Undersøkelsene ble foretatt den 09.03.05.

²⁸ Eckhoff, Rettskildelære. 5. utgave. 2001 s. 233.

1.5.5 Teori

Teori spiller en viktig rolle i utviklingen av erstatningsretten. Utviklingen av regler skjer av og til i samspill mellom juridisk teori og rettspraksis.

Når det gjelder teori i forbindelse med den alminnelige erstatningsretten er utvalget i litteratur stort. Siden pasientskadeloven er forholdsvis ny, er det naturligvis ikke utgitt like mye litteratur som omhandler den. Men det finnes noe juridisk teori også her. For eksempel har Nina Reiersen skrevet en artikkel som heter "Ny lov om pasientskadeerstatning, særlig om private helsetjenester",²⁹ og Rolf Gunnar Jørstad har skrevet en artikkel som heter "Den nye pasientskadeloven, særlig om offentlige helsetjenester".³⁰ Teori som omhandler den midlertidige ordningen vil også ha relevans, og der er det noe mer å ta av.

1.5.6 Hensynene bak regelen om pasientskadeerstatning

Erstatningsretten er i stor grad skjønnspreget. Det er ønskelig å komme frem til et resultat som fremstår som rimelig. Følgelig er det klart at reelle hensyn vil være en viktig rettskilde.

De hensyn som erstatningsregelen først og fremst skal ivareta, er å forhindre og gjenopprette skade. Mot pasientskadeerstatning ble det før hevdet at andre rettsinstitutter kunne fremme disse hensynene bedre. Strafferetten og administrativ kontroll kunne være bedre egnet til å forebygge personskader. I dag er det viktigste spørsmålet om erstatningsretten kan yte noe som i det vesentlige bidrar til å hindre skadeforvoldelse og til å kompensere økonomisk tap.³¹

Et mulig erstatningskrav kan virke preventivt. Når muligheten for å få et erstatningssøksmål rettet mot seg er reell, vil dette kunne motivere til forsiktighet hos legene før de stiller en diagnose. I praksis vil dette som regel ikke veie så tungt, siden legen overlater erstatningsoppgjøret til NPE eller til sitt forsikringsselskap.³² På den andre siden vil dette kunne føre til tiltak blir iverksatt for å redusere utgiftene til

²⁹ Reiersen, Ny lov om pasientskadeerstatning, særlig om private helsetjenester. I Tidsskrift for Erstatningsrett. Nr. 2-3. 2004 s. 124.

³⁰ Jørstad, Den nye pasientskadeloven, særlig om offentlige helsetjenester. I Tidsskrift for Erstatningsrett. Nr. 2-3. 2004 s. 138-139.

³¹ Kjønsstad, Erstatningsretten i utvikling. 2003 s. 129.

³² Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 14.

betaling av erstatningskrav. Rutiner kan endres og kanskje gås det til innkjøp av nytt diagnoseutstyr.

Problemet med prevensjonshensynet er størrelsen på erstatningsutbetalingene. Utbetalingene i dag er ikke så store at de vil virke avskrekkende på den potensielle skadevolderen. Den eventuelle preventive virkningen erstatningen vil ha, vil avta ettersom skadevolderene blir klar over dette.³³

Gjenopprettelse er flytting av penger fra skadevolder til skadelidte. Når det gjelder gjenopprettelseshensynet er erstatningsreglene som nevnt bare et supplement til andre regler. Gjenopprettelseshensynet vil først og fremst gjøre seg gjeldende der pasienten ikke har krav på andre ytelser, for eksempel trygdeytelser.³⁴ Det er bare det økonomiske tapet man faktisk har lidt som kan kreves erstattet etter denne regelen, så her får ikke pasienten noe "plaster på såret" for at han eller hun har fått en feildiagnose.³⁵ "Plaster på såret", ved for eksempel tapt barndom, kan en pasient få via andre ordninger, ménerstatning dekker for eksempel det ikke-økonomiske tapet.

I forbindelse med gjenopprettelsestanken vil også fordelingshensynet være et moment. Hvorfor skal de som har lidt tap ved behandlingen komme bedre ut enn de som blir syke eller skadet uten noen påviselig skadevolder? Et eksempel som er brukt i forarbeidene er illustrerende. To kvinner, X og Y, fikk begge fjernet et bryst på grunnlag av diagnosen kreft. Ingen av diagnosene var fattet på et forsvarlig grunnlag. For X hadde diagnosen allikevel blitt riktig, men ikke for Y. Er det en rettferdig fordeling av samfunnets ressurser at bare den kvinnen med feildiagnose, Y, skal få erstatning fra NPE, mens den som virkelig hadde kreft, X, ikke skal få det? Fordelingshensynet taler mot en ordning med pasientskadeerstatning.³⁶

Erstatningen vil også kunne ha en symbolsk betydning. Ved skade på gjenstander er nesten alt forsikret. Hvorfor skal man ha en svakere beskyttelse ved pasientskader enn det man har på skade av sin egen bil? Erstatningen ved personskade blir her et symbol på at pasientene gis rettsbeskyttelse.³⁷

³³ Kjønstad, Erstatningsretten i utvikling. 2003 s. 130.

³⁴ Kjønstad, Erstatningsretten i utvikling. 2003 s. 132.

³⁵ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 14 og s. 28.

³⁶ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 28.

³⁷ Kjønstad, Erstatningsretten i utvikling. 2003 s. 133-134.

Pasientens behov for hevn, kan kanskje tilfredstilles ved erstatning. Erstatningssummen er som nevnt ikke så stor. I tillegg er det som regel ikke legen det blir krevd erstatning fra. Legen vil i dag bli representert av staten, gjennom NPE, eller et forsikringsselskap. På bakgrunn av dette kan det neppe sies at hevntanken er et hensyn bak regelen om pasienterstatning.³⁸

Et annet hensyn som kommer i betraktning når det skal vurderes hvor sterkt erstatningsvernet til pasientene skal være, er hvem av partene som er nærmest til å bære risikoen? Det er som oftest klart at det er legen som er nærmest til å dekke tapet ved feildiagnose hvis man ser på forholdet mellom pasient og lege isolert. Legen har mulighet til å forsikre seg mot eventuelle feil han gjør. Dette kalles for pulveriseringshensynet.³⁹

Et hensyn mot et sterkt erstatningsrettslig vern for pasientene er at utgiftene for det offentlige vil øke. Dette kan ikke være det avgjørende. Det avgjørende er at de pasientene som blir rammet av svikt i helsevesenet, ved for eksempelvis feildiagnose, ikke skal måtte bære tapene sine selv.⁴⁰

Ved etableringen av den midlertidige ordningen og det objektivvisert ansvarsgrunnlaget, var det seks mål myndighetene ønsket å oppnå.

For det første var det ønskelig å styrke pasientenes erstatningsrettslige vern.⁴¹ Mange pasienter fikk ikke den erstatningen de kunne ha hatt krav på, fordi det er vanskelig for en pasient å bevise at det er utvist uaktsomhet i det enkelte tilfellet. Det er en del faktiske omstendigheter rundt skadeforløpet som må kartlegges. Dette gjelder legens handlingsalternativer og akseptert praksis i prosessen ved en diagnosefastsettelse. Det kan være behov for å innhente opplysninger om når sykdommen kunne ha vært påvist. På disse punktene har pasienten et svakt utgangspunkt, og trenger et sterkt vern. Et objektivvisert ansvarsgrunnlag kan være med på å styrke et slikt vern.⁴²

³⁸ Kjønstad, Erstatningsretten i utvikling. 2003 s. 134-135.

³⁹ Lødrup, Lærebok i erstatningsrett. 4. utg. 1999 s. 98-100.

⁴⁰ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s 33.

⁴¹ Breivik, Norsk Pasientskadeerstatning: Reparering av skader og forebygging av feil. I Medisinske feil. 2000 s. 82.

⁴² NOU 1992: 6 s. 64.

For det andre ønsket man å få en ensartet praksis for hele landet ved behandling av pasientskader.⁴³

For det tredje var det ønskelig å objektivisere ansvarsgrunnlaget.⁴⁴ Et objektivt ansvar hindrer at risikoen for hendige uhell eller for skader som skyldes forhold som ikke kunne vært unngått ved tilstrekkelig aktsomhet, legges på pasienten.

For det fjerde var det en ønskelig konsekvens av dette at fokuset ble flyttet bort fra helsepersonellet og deres eventuelle skyld.⁴⁵ Det ville bli slutt på vurderingen om den oppståtte skaden kunne bebreides legen, og man unngår dermed negativ fokusering på legens forhold.

Det femte målet var større åpenhet fra helsepersonalet i forbindelse med skader. Åpenhet om feildiagnose vil kunne ha innflytelse på legenes rutiner ved diagnosefastsettelsen.⁴⁶ Dette vil lettere få fram sakens fakta, og indirekte styrke tilliten samfunnet har til helsevesenet.⁴⁷

Det sjette målet var å utnytte erfaringene fra saksbehandlingen i NPE til kvalitetsfremmende og skadeforebyggende arbeid i hele helsevesenet.⁴⁸

1.6 Metode

I denne oppgaven vil jeg benytte meg av vanlig juridisk metode.

Pasientskadeloven vil være sentral i oppgavens del 2, 3 og 5. For å belyse innholdet i loven vil jeg først og fremst fokusere på forarbeidene. I tillegg vil juridisk litteratur og reelle hensyn bli vurdert.

⁴³ Breivik, Norsk Pasientskadeerstatning: Reparering av skader og forebygging av feil. I Medisinske feil. 2000 s. 82.

⁴⁴ Breivik, Norsk Pasientskadeerstatning: Reparering av skader og forebygging av feil. I Medisinske feil. 2000 s. 82.

⁴⁵ Breivik, Norsk Pasientskadeerstatning: Reparering av skader og forebygging av feil. I Medisinske feil. 2000 s. 82.

⁴⁶ NOU 1992: 6 s. 65.

⁴⁷ Breivik, Norsk Pasientskadeerstatning: Reparering av skader og forebygging av feil. I Medisinske feil. 2000 s. 82.

⁴⁸ Breivik, Norsk Pasientskadeerstatning: Reparering av skader og forebygging av feil. I Medisinske feil. 2000 s. 82.

I oppgavens del 4 vil rettspraksis stå sentralt, siden erstatning på grunn av feildiagnose i den private delen av helsetjenesten ikke er lovregulert. Reelle hensyn og juridisk litteratur vil også være av betydning.

I del 6 vil reelle hensyn og helsepersonelloven stå sentralt.

2 Pasientskadelovens anvendelsesområde

2.1 Hva anses som offentlig helsetjeneste?

Pasientskadeloven er utformet slik at den private helsetjenesten også skal omfattes av lovens anvendelsesområde. Siden forsikringsbransjen nekter å akseptere deler av pasientskadeloven, fordi den setter forsikringsbransjen i en vanskelig og uoversiktlig situasjon, er ikke pasientskadeloven gjort gjeldende for den private helsetjenesten.⁴⁹ Derfor har vi to ulike regelverk for skade som følge av en feildiagnose: Et regelverk for leger som arbeider i den offentlige helsetjeneste, og et regelverk for leger som arbeider i den private helsetjenesten.

Hva regnes til den offentlige helsetjenesten? Etter pasientskadeloven § 6 andre ledd regnes "virksomheten til staten fylkeskommunene eller kommunene" med til den offentlige helsetjenesten. I tillegg omfattes "virksomhet som drives på oppdrag av eller med driftstilskudd" fra staten, fylkeskommene eller kommunene, jfr. pasientskadeloven § 6 andre ledd andre punktum. I forarbeidene er det et eksempel på hva som faller utenfor pasientskadelovens anvendelsesområde. En fastlege som i tillegg til fastlegepraksisen utøver en bedriftshelsetjenesten, vil hvis feildiagnosen blir diagnostisert i bedriftshelsetjenesten eventuelt bli ansvarlig etter de materielle reglene som følger av den alminnelig erstatningsrett. Hvis skaden skjer i forbindelse med en feildiagnose i fastlegepraksisen, vil erstatningskravet bli vurdert etter pasientskadelovens regler.⁵⁰

Trolig er over 90 prosent av alle pasientskadetilfellene omfattet av pasientskadeloven.⁵¹

⁴⁹ Nøkleby, Nye regler om pasientskader – betydning for forsikringsselskapene. I Tidsskrift for Erstatningsrett. Nr. 2-3. 2004 s. 154.

⁵⁰ Ot.prp. nr. 74 (2002-2003) s. 15.

⁵¹ Syse, Helserettslige dommer siden 1985. I Lov og Rett. 2004 s. 392.

2.2 Geografisk virkeområde

Pasientskadeloven gjelder for skader "som voldes i riket med Svalbard", jfr. pasientskadeloven § 19. Det avgjørende er hvor helsehjelpen ytes. Pasienten trenger ikke fysisk å oppholde seg i riket når skaden skjer. For eksempel kan en pasient befinne seg i utlandet da han tar kontakt med sin fastlege via mail, og fastlegen sender en mail i retur der han forklarer pasientens diagnose.⁵²

Utlandet og kontinentalsokkelen omfattes ikke. Unntaket er skader som er voldt ved helsetjenester "som det offentlige helt eller delvis bekoster", jfr. pasientskadeloven § 19 første ledd andre punktum.

Videre åpner bestemmelsen for, i tredje punktum, at det kan gis forskrift som begrenser lovens anvendelse til ikke å gjelde "helsehjelp her i riket med særskilt liten norsk tilknytning". Dette vil for eksempel kunne være en annens stats militærsykehus som er på militærøvelse her i landet, og som gir en av sine soldater feil diagnose.⁵³

2.3 Skadested

Pasientskadeloven § 1 angir tre tilknytningspunkter mellom skaden og helsevesenet. Det er tilstrekkelig at et av punktene er oppfylt for at pasientskadeloven skal komme til anvendelse.

Etter pasientskadeloven § 1 første ledd bokstav a gjelder pasientskadeloven for skader som er voldt "i institusjon under spesialisthelsetjenesten og kommunehelsetjenesten". Hva som regnes for spesialisthelsetjenesten er regulert av lov om spesialisthelsetjenesten m.m. av 2. juli 1999 nr. 61 (heretter forkortet spesialisthelsetjenesteloven). Spesialisthelsetjenesteloven gjelder for spesialisthelsetjenester som ytes av staten eller private, jfr. spesialisthelsetjenesteloven § 1-2 første ledd. Loven presiserer ikke hvilke typer institusjoner dette gjelder. Det eneste kravet som står i lovteksten er at de yter spesialisthelsetjeneste. Det må foretas en avgrensning mot allmennhelsetjeneste.

Allmennhelsetjenesten omfattes derimot av kommunehelsetjenesten. Kommunehelsetjenesten omfatter de helsetjenester som er regulert i lov om

⁵² Rasmussen, Norsk Lovkommentar, 4. utgave, 2002 Bind 3, s. 3349 note 38.

⁵³ Rasmussen, Norsk Lovkommentar, 4. utgave, 2002 Bind 3, s. 3349 note 38.

helsetjenesten i kommunene av 19. november 1982 nr. 66. Disse helsetjenestene har kommunene ansvaret for.

Problemet blir så hva menes med begrepet "institusjon". Mens Lødrup-utvalget ville knytte avgrensningskriteriet til institusjonstyper,⁵⁴ valgte lovgiver å knytte avgrensningen til visse tjenestetilbud. Begrunnelsen var for det første at det ikke skulle være avgjørende om pasienten innlegges eller ikke. For det andre ville mange av de problemene som knyttet seg til erstatningskrav mot institusjoner også gjøre seg gjeldende mot andre tilbydere av helsetjenester, som for eksempel frittstående laboratorier. For det tredje ønsket ikke lovgiver å begrense lovens virkeområde til bare allerede eksisterende institusjonstyper.⁵⁵

Det avgjørende er om skaden skyldes adferd fra personer som opptrer på vegne av de institusjonene som omfattes av spesialisthelsetjenesteloven og kommunehelsetjenesteloven, uavhengig av om pasienten befinner seg på institusjonen eller om skaden inntreffer der.⁵⁶

Sosialtjenester faller utenfor pasientskadeloven § 1 første ledd bokstav a. Hva som er sosialtjenester er regulert i lov om sosiale tjenester m.v. av 13. desember 1991 nr. 81. Dermed vil skader som for eksempel har skjedd på aldershjem, aldersboliger, institusjoner/boliger for psykisk utviklingshemmede og for rusmiddelbrukere ikke omfattes av pasientskadeloven § 1 første ledd bokstav a.

Pasientskadeloven § 1 første ledd bokstav b åpner for at skader som er voldt "under ambulansetransport" også kommer inn under lovens anvendelsesområde. Det er uten betydning om skaden skjer i en sykebil, et ambulanshelikopter eller en improvisert syketransport. Det eneste kravet som blir stilt er at det dreier seg om et tilbud fra det offentlige helsevesenet. Privat transport faller utenfor i alle tilfeller.⁵⁷

Det tredje tilknyttingspunktet mellom skaden og helsevesenet kan være skadevolderen, jfr. pasientskadeloven § 1 første ledd bokstav c. Se nærmere om dette i punkt 2.4.

⁵⁴ NOU 1992: 6 s. 105.

⁵⁵ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 44.

⁵⁶ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 44.

⁵⁷ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 89.

2.4 Skadevolder

Pasientskader som ikke omfattes av pasientskadeloven § 1 første ledd bokstav a eller bokstav b, vil allikevel kunne omfattes av lovens virkeområde. Vilkåret er at skaden er voldt "av helsepersonell som yter helsehjelp i henhold til offentlig autorisasjon eller lisens, personer som opptrer på vegne av disse eller andre personer som er fastsatt i forskrift", jfr. pasientskadeloven § 1 første ledd bokstav c. Kravet er at vedkommende har autorisasjon i henhold til helsepersonelloven. Helsepersonelloven § 48 lister opp hvilke profesjoner som omfattes av autorisasjonsordningen. Leger er nevnt i helsepersonelloven § 48 bokstav n. Som nevnt er det leger som vil være de aktuelle skadevoldere ved en feildiagnose. Siden en skade forårsaket av en lege vil falle innenfor pasientskadelovens anvendelsesområde etter pasientskadeloven § 1 første ledd bokstav c, er det derfor ikke av betydning hvor feildiagnosen er blitt diagnostisert. Avgrensningen av lovens virkeområde i bokstav a og b, vil følgelig bare ha selvstendig betydning hvis det ikke er helsepersonell som fastsetter en feildiagnose.

Vi tenker oss følgende situasjon: A er på en sosial sammenkomst. Der møter hun en lege, B. Under samtalen kommer A innpå at hun har en øm "kul" i håndleddet. B sier at det er en betennelse i håndleddet, og at det bare er å ta noen betennelsesdempende medisiner, så går det nok over etter to ukers tid. Etter tre uker er kulen fortsatt øm, og A tar kontakt med sin fastlege. Fastlegen slår fast at det dreier seg om en ganglion.⁵⁸ Den eneste måten man kan fjerne en ganglion på, er ved operasjon. Vil lege B her kunne bli ansvarlig for diagnosen han stilte på sin fritid?

I pasientskadeloven § 1 første ledd bokstav c er det et vilkår at helsepersonellet er i en situasjon der de "ytter helsetjenester". Det er ikke et krav at diagnosen blir fastsatt i tjenesten.⁵⁹ Ulempen er at sykehuset også vil måtte svare for legen på hans eller hennes fritid.⁶⁰ Ansvaret vil således bli større for sykehusene.

På den andre siden er pasientens behov for vern den samme. Hovedmålet bak pasientskadeloven er å gi pasientene vern ved pasientskader som er voldt av helsepersonell under utøvelsen av sitt yrke. I hvilken sammenheng skaden har skjedd, kan ikke være relevant så lenge legen opptrer som en sådan. Sett fra legens sin side, kan

⁵⁸ Ganglion: Seneknute, en ufarlig svulst: består av en bindevevssekk med geléaktig innhold. Kåss, Medisinsk ordbok. 5. utgave. 1998 s.107.

⁵⁹ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 89.

⁶⁰ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 47.

dette også være en fordel. Legen slipper å ha to forsikringer som er avhengig av hvor han eller hun befinner seg til enhver tid.⁶¹

Dette problemet har nær sammenheng med spørsmålet om det kan stilles like høye krav til den diagnosen som blir fastsatt ved en tilfeldig sammenkomst og der hvor pasienten faktisk har bestilt time og legen foretar en undersøkelse på sitt kontor.⁶²

Om det er ønskelig at man skal kunne gi "venneråd" mer spontant, eller om man alltid bør ha et profesjonelt ansvar når man uttaler seg innen sitt fagområde, er et spørsmål det er vanskelig å gi noe konkret svar på. Å gå nærmere inn på dette enn det som allerede er gjort, vil det ikke være plass til i denne oppgaven.

2.5 Skadesituasjoner

For at pasientskadeloven skal komme til anvendelse må det foreligge en pasientskade. Pasientskadevilkåret må være oppfylt i tillegg til et av vilkårene i pasientskadeloven § 1 første ledd bokstav a–c. Skadebegrepet skal forstås på samme måte som i erstatningsretten ellers.⁶³

Hva regnes som "skade" etter pasientskadeloven § 1 første ledd bokstav c? Begrepet "skade" dekker både personskader, tingsskader og formuesskader. Ved skader som inntreffer på grunn av feildiagnose er personskader det mest sentrale.⁶⁴

Ordlyden skiller ikke mellom fysiske og ikke-fysiske skader. Det står i forarbeidene at lovgiver ikke har funnet grunn til å gjøre noen forskjell på fysiske og psykiske skader.⁶⁵ Dette innebærer at hvis pasienten får sjokk på grunn av feildiagnosen, vil dette bli dekket i tillegg til en eventuell skade på kroppen.

I Rt. 1999 side 203 ble en mann, som tidligere hadde gjennomført et steriliseringsinngrep, far. Mannen søkte om erstatning for økonomisk tap, herunder oppfostringsutgifter, som følge av at steriliseringinngrepet ikke hadde vært vellykket. Høyesterett ga ham ikke medhold i kravet. Avgjørelsen ble fattet på bakgrunn av verdivalg. Høyesterett mente at dette var den beste løsningen, sett i forhold til barnets,

⁶¹ NOU 1992: 6 s. 73.

⁶² Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 47.

⁶³ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 55.

⁶⁴ NOU 1992: 6 s. 18.

⁶⁵ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 55.

foreldrenes og samfunnets interesser. Fødsel etter en mislykket steriliserings operasjon var altså ikke å anse som en beskyttelsesverdig skade.

Tingsskade vil typisk kunne være skade på gebiss, klær eller smykker,⁶⁶ men dette vil trolig ikke være aktuelle skader ved en feildiagnose.

Formuesskader vil være at den økonomiske stillingen til skadelidte berøres som følge av feildiagnosen. Formuesskader vil ofte inntre samtidig med en person- eller tingsskade. Et eksempel er studenten som får diagnosen brystkreft og må operere bort det en brystet sitt. Hvis det i ettertid viser seg at kreftdiagnosen var en feildiagnose, og at kulen i brystet kunne vært behandlet med medisiner samtidig som studenten gikk på skolen, vil forsinkelsen i studiet kunne føre til tapt fremtidig arbeidsinntekt.

Selv om tingsskader og formuesskader i utgangspunktet dekkes, vil det som regel oppstå et problem i forhold til kravet om adekvat årsakssammenheng. (Se nærmere punkt 3.3.)

Det er ikke tilstrekkelig at det foreligger en skade, det må foreligge en pasientskade. Pasientskader er, jfr. pasientskadeloven § 1 andre ledd, skader som er "voldt under veiledning, undersøkelse, diagnostisering, behandling, ekspedisjon av legemidler fra apotek, pleie, vaksinasjon, prøvetaking, analyse av prøver, røntgen, forebygging av helseskader, medisinsk forsøkvirksomhet samt donasjon av organer, blod og vev". Dette er behandlingssituasjoner i svært vid forstand. Opplistingen i ordlyden er uttømmende. Skade som er voldt i forbindelse med diagnostisering er nevnt, og skade som følge av en feildiagnose vil dermed omfattes av pasientskadeloven. En typisk pasientskade er en sykdom som ikke blir helbredet fordi det er stilt gal diagnose.⁶⁷

Er det en pasientskade, er det uten betydning om skaden har skjedd ved en administrativ eller medisinsk svikt, eller på en annen måte.⁶⁸ Hvis legen har stilt riktig diagnose, men av en eller annen grunn blir feil diagnose nedskrevet i journalen, vil det være en pasientskade som omfattes av pasientskadeloven.

⁶⁶ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 55.

⁶⁷ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 10.

⁶⁸ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 90.

2.6 Hvem kan kreve erstatning?

Etter pasientskadeloven § 2 første ledd er det regulert hvem som kan ha krav på erstatning. Dette er for det første pasienten selv, men også "andre som har lidt tap på grunn av pasientskade" kan kreve erstatning etter pasientskadeloven. Det er altså et krav om at vedkommende må ha blitt påført et økonomisk tap på grunn av skaden som er blitt påført pasienten. Dette kan være foreldre som har fravær fra arbeid uten lønn eller trygdeytelser for å ta seg av det skadde barnet med feildiagnose. Siden oppgaven skal handle om pasientens krav på erstatning, vil jeg ikke gå noe nærmere inn på dette.

2.7 Ansvarssubjekt

For skader som dekkes av anvendelsesområde til pasientskadeloven, er det NPE som er ansvarssubjektet, jfr. pasientskadeloven § 6 første ledd. Selv om det er legen som foretar feildiagnosen, skal erstatningskravet fra pasienten rettes mot NPE.

NPE er bare erstatningsansvarlige ovenfor feildiagnoser som er voldt i den offentlige helsetjenesten, jfr. punkt 2.1. Utover dette er det den enkelte yter av helsetjenesten som vil være ansvarlig, jfr. pasientskadeloven § 6 første ledd andre punktum. Leger i den private helsetjenesten plikter derfor å tegne forsikring etter pasientskadeloven § 8 første ledd.

3 Erstatning etter pasientskadeloven

For at det skal innvilges erstatning etter pasientskadeloven må tre kumulative vilkår være oppfylt. For det første må pasienten være påført en skade som medfører et økonomisk tap. For det andre må legen kunne holdes ansvarlig etter et ansvarsgrunnlag. For det tredje må det være adekvat årsakssammenheng mellom legens ansvarsbetingede handling og skaden som resulterte i et økonomiske tapet for pasienten.

3.1 Skadevilkåret

Skade er betegnelsen på selve krenkelsen. Hva som omfattes av begrepene "skade" og "pasientskade" i pasientskadeloven § 1, er det redegjort for i punkt 2.5.

I pasientskadeloven § 2 første ledd står det at pasienten må ha "lidt tap på grunn av pasientskade". Pasientskaden må altså ha ført til et økonomisk tap. Typiske eksempler på økonomisk tap, vil være påløpte utgifter, lidt inntektstap, utgifter i fremtiden og tap av fremtidig erverv. Eksempel på påløpte utgifter kan være utgifter til legehjelp og medisiner. Dette vil ofte bli dekket av folketrygden. Tapte inntekt vil være forskjellen i inntekt med og uten skade. Også her vil folketrygden dekke en del utgifter. Fremtidige utgifter kan være utgifter til proteser og ombygging av bolig og, i det mer alvorlige tilfellene, stell i hjem. Tap av fremtidig erverv vil være aktuelt i de tilfeller der skaden har ført til at pasienten har fått redusert inntektsevnen. Her er det snakk om den ervervsmessige uførheten.⁶⁹ Har feildiagnosen ført til et økonomisk tap etter eksemplene over, vil skadevilkåret være oppfylt.

Alle pasientskader fører ikke til et økonomisk tap, og vil derfor ikke oppfylle vilkåret i pasientskadeloven § 2 første ledd. Har en pasient fått personskade, varig og betydelig skade av medisinsk art, kan det gis ménerstatning og eventuelt oppreisning. For å kunne kreve oppreisning kreves det forsett eller grov uaktsomhet av skadevolderen personlig, jfr. skadeserstatningsloven § 3-5.

⁶⁹ NOU 1992: 6 s. 29-30.

3.2 Ansvarsgrunnlag

3.2.1 Objektivt ansvar

I pasientskadeloven § 2 første ledd bokstav a står det at pasienter kan kreve erstatning når skaden skyldes "svikt ved ytelsen av helsehjelp, selv om ingen kan lastes". Uttrykket "selv om ingen kan lastes", fastslår at ansvarsgrunnlaget er objektivt. Det er altså ikke nødvendig å føre bevis for uaktsomhet hos en skadevolder.

Det er også lovfestet objektivt ansvar i pasientskadeloven § 2 første ledd bokstav b-e. I bokstav b er det et objektivt ansvar for skader som skyldes "teknisk svikt ved apparat, redskap eller annet utstyr som er brukt ved ytelsen av helsehjelpen". Bokstav c fastsetter et objektivt ansvar for smitte og infeksjon. Etter bokstav d gjelder det samme for skader som skyldes vaksinasjon. Bokstav e verner pasienten i tilfeller som "medfører ansvar for helsetjenesten eller helsepersonell etter alminnelige erstatningsregler". Her åpnes det for at krav etter den alminnelige erstatningsrett skal kunne fremmes etter pasientskadeloven. Når det gjelder erstatning ved feildiagnose, er det særlig bokstav a som vil være den mest praktiske regelen å anvende.

I Ot.prp. nr. 31 (1998-99) var regelen i pasientskadeloven § 2 første ledd bokstav a formulert på en annen måte. Etter dette forslaget kunne man kreve erstatning hvis skaden skyldes "feil eller svikt" i helsetjenesten. Ordet "feil" ble fjernet for å distansere seg fra culpanormen. Justiskomiteén ville at terskelen for hvilke handlinger man kunne kreve erstatning for etter pasientskadeloven, skulle være lavere enn i den alminnelige erstatningsretten. Komiteén mente at det ikke skulle være avgjørende for å få erstatning, om det kunne bevises at enkeltpersoner har gjort feil eller vært uaktsomme. Dette ville komitéén presisere ved å fjerne ordet "feil" fra ordlyden.⁷⁰

Begrepet "feil" er ikke et juridisk grunnbegrep. Det nærmeste man kommer, er begrepet "culpa".⁷¹ Derfor var det riktig å fjerne "feil" fra ordlyden hvis man ønsket at pasientene skulle ha krav på erstatning i flere tilfeller enn det som fulgte fra det ulovfestede culpaansvaret.

Til forskjell fra culpaansvaret, utelukker pasientskadeloven § 2 første ledd bokstav a subjektive unnskyldningsgrunner. Selv om en lege har stilt riktig diagnose ut fra situasjonen slik legen oppfattet den, skal det ytes erstatning. Dette gjelder uansett om

⁷⁰ Innst. O. nr. 68 2000-2001 s 10.

⁷¹ Kjønstad, Medisinske feil i erstatningsrettslig og helserettslig perspektiv. I Medisinske feil. 2000 s. 60.

legen kan lastes for skaden eller ikke. Tanken bak denne regelen er at det er helsevesenet, og ikke pasienten, som skal ha risikoen for slike feil.⁷²

Når det gjelder hensynene bak det objektive ansvaret, se punkt 1.5.5.

3.2.2 Den objektiviserte forventning

Med begrepet "svikt" i pasientskadeloven § 2 første ledd bokstav a, kan det ut fra en naturlig forståelse av ordet forstås at noe har skjedd som ikke bør skje eller pleier å skje. Det er ikke resultatet det henviser til, men prosessen frem til resultatet. Dette kravet kan vanskelig kombineres med et rent objektivt ansvar.

For å forstå det nærmere innholdet i sviktregelen, må pasientskadeloven § 2 første ledd bokstav a sees i sammenheng med paragrafens andre ledd. Etter pasientskadeloven § 2 andre ledd skal det tas "hensyn til om de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten på skadetidspunktet, er tilsidesatt".

Hvilke krav en pasient "med rimelighet kan stille" vil variere etter omstendighetene. Det er i utgangspunktet den objektive forventning som er relevant. Den objektive forventningen er et spørsmål om hva en pasient i en slik situasjon generelt kan forvente av det norske helsevesenet som yter bistanden. Har den enkelte pasient spesielle forventninger ut fra hva legen har garantert, er dette uten betydning.⁷³ Den enkeltes pasient forventninger vil eventuelt bli et problem i forbindelse med om det foreligger samtykke til behandlingen eller diagnoseprosessen.

Hvis feildiagnosen er et resultat av at legevitenskapen ikke har kommet lenger, er dette noe man ikke kan bebreide legen for. Dette er en risiko som helsevesenet ikke vil bære følgene av.⁷⁴ Dette er en av grunnene til at det er en reservasjon fra utgangspunktet om et generelt objektivt ansvar i pasientskadeloven § 2 andre ledd

Det kan ikke stilles samme krav til helsehjelpen uavhengig av hvor i landet eller ved hvilken institusjon pasienten befinner seg. De samme kravene kan heller ikke stilles dersom diagnosen er gitt i en øyeblikkelig hjelp-situasjon på gaten, som ved en legekonsultasjon på et legekantor.⁷⁵

⁷² Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 64.

⁷³ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 90.

⁷⁴ NOU 1992: 6 s. 65.

⁷⁵ Jørstad, Den nye pasientskadeloven, særlig om offentlige helsetjenester. I Tidsskrift for Erstatningsrett, nr. 2-3. 2004 s. 144.

Kravet til helsehjelpen avhenger også av pasientens sykdom, jfr. sak nr. N2004/0287 fra PSN.

Pasienten, X, oppsøkt lege den 03.01.03 på grunn av smerter i brystkassen. X fikk diagnosen Tietzes syndrom.⁷⁶ Legen foreskrev Ibux og det ble avtalt å ta røntgenbilder dersom smertene vedvarte. Den 06.01.03 oppsøkte X legen igjen grunnet til dels økende plager. Røntgenbilder ble tatt den 13.01.03 og de viste ingen påfallende plager som kunne forklare X sine smerter.

X dro til utlandet og ble stadig dårligere. Tilbake i Norge den 28.02.03 tok pasienten kontakt med legevakta og ble umiddelbart innlagt. Den 01.03.03 ble det tatt CT. Det ble påvist Burkitts lymfom,⁷⁷ samt smitteførende tuberkulose. X mente at det forelå en forsinket diagnose.

Spesialisten i allmennmedisin mente at legens diagnose Tietzes var adekvat. Det var ingen grunn til mistanke om noen andre alvorlige diagnoser.

PSN fant at det i utgangspunktet forelå en forsinket diagnose. Derimot kunne det ikke karakteriseres som svikt at legen ikke stilte riktig diagnose den 03.01.03 og den 06.01.03. På bakgrunn av symptomene som X hadde ved disse anledningene var det ikke grunnlag for andre undersøkelser som kunne ha avdekket Burkitt lymfom. I denne vurderingen la PSN vekt på at Burkitts lymfom er en sjelden kreftsykdom i Norge.

På bakgrunn av de symptomene som X hadde, mente NPE at legens diagnose Tietzes syndrom ikke var en svikt ved helsehjelpen. NPE mente at det var rimelig å stille denne diagnosen ut fra de symptomene pasienten hadde og det var ikke grunnlag for at ytterligere undersøkelser burde vært foretatt. Sykdommens sjeldenhetsgrad var her av avgjørende betydning. Ved en sjelden sykdom kan altså pasientene ikke stille like store krav til helsehjelpen som de kan ved en sykdom som er mer vanlig i Norge.

Et tilfelle hvor det ikke forelå en adekvat diagnose, er sak nr. N2004/0466.

Pasient krevde erstatning på bakgrunn av at han hadde fått en forsinket diagnostisering av ondartet brystkreft. Dette hadde ført til spredning av kreften, hvilket kunne vært unngått ved en tidligere diagnostisering. PSN mente at pasienten hadde krav på erstatning.

I vurderingen om det forelå en adekvat diagnose påpekte PSN at man skal ta stilling til om diagnosen var adekvat ut fra den kunnskap man hadde om pasienten på tidspunktet for diagnosefastsettelsen. Det gikk tre måneder fra henvisning til undersøkelse av pasienten ble utført. En undersøkelse som trolig ville ha vist at det forelå kreft, ble ikke foretatt. Det cytologiske prøveresultatet

⁷⁶ Tietzes syndrom: en tilstand med distinkt øm hevelse og verking på brystkassens forside, på overgang mellom ribben og ribbenbrusk. Kåss, Medisinsk ordbok. 5. utgave. 1998 s. 325-326.

⁷⁷ Burkitts lymfom: en ondartet svulst i lymfevev hos barn, oftest i tilknytning til munnhulen. Kåss, Medisinsk ordbok. 5. utgave. 1998 s. 51.

ble feilbedømt som godartet. Dette ble senere endret, og i mellomtiden hadde kreften vokst. PSN kom til at i dette tilfellet ble ikke pasienten adekvat diagnostisert, og tilkjente erstatning.

Denne avgjørelsen slår fast at ved vurderingen om det foreligger en adekvat diagnose, skal man ta utgangspunkt i den kunnskap man har om pasientens symptomer på diagnosetidspunktet. PSN mente ut fra de undersøkelser som legen gjorde, var feildiagnosen ikke adekvat. At en prøve blir feiltolket, er et moment som klart taler for at feildiagnosen ikke var adekvat. Det som ble avgjørende, var at andre undersøkelser kunne ha vist at det forelå en feildiagnose. Det stilles altså krav til de undersøkelser legen velger å ta. Blir det ikke tatt tilstrekkelig med undersøkelser, er dette et moment som taler for at det foreligger en svikt ved helsehjelpen.

Hvilke krav en pasient "med rimelighet kan stille" til helsehjelpen vil også være avhengig av hva som er vanlig god praksis. Før 1988 var culpanormen utgangspunktet ved alle pasientskader. Culpanormens subjektive elementet inneholder et krav om at diagnosefastsettelsen har skjedd på en klandreverdig måte.⁷⁸ Dette er ikke et krav etter pasientskadeloven. Det objektive elementet i culpapargelen, er at noe har skjedd som avviker fra visse faglige normer.⁷⁹ Dette kravet har man opprettholdt i loven, jfr. sviktregelen i pasientskadeloven § 2 første ledd bokstav a sett i sammenheng med regelens andre ledd.

Kravet innebærer at det må foreligge en adferd fra legen som avviker fra det pasienten generelt kan forvente av helsehjelpen, for at pasienten har krav på erstatning. Pasienten kan forvente at diagnosefastsettelsen skjer i samsvar med de medisinskfaglige normene. Her kommer altså legens subjektive forhold i diagnosefastsettelse, noe som ville vært utelukket ved et rent objektivt ansvar.

Et eksempel hvor det ikke ble innvilget erstatning fordi de medisinskfaglige retningslinjer ble fulgt, er sak nr. N2004/0407 fra PSN.

I 1990 tok en kvinne kontakt med lege på grunn av dyspnoe, tungpustethet. Dette ble oppfattet som astmatiske plager. Hun var stadig plaget med luftveisinfeksjoner, influensa, kronisk sinusitt,⁸⁰ bronkitt og lungebetennelser. Det ble også påvist hemokromatose (feil i jernstoffskiftet). Hun klagde ofte på at hun følte seg sliten, trett og tungpustet. Fra 1999 anga hun også periodevis sterke magesmerter.

⁷⁸ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 11

⁷⁹ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 11

⁸⁰ Sinusitt: bihulebetennelse. Kåss, Medisinsk ordbok. 5. utgave. 1998 s. 294.

Blodprøver og bilder av maven var normale. I 2001 ble hun utredet for samme type magesmerter. Legen spekulerte i om magesmertene hadde sammenheng med et tidligere påvist gastritt.⁸¹ I november 2002 ble det foretatt en ny utredning av mageproblemene, men med samme resultat som tidligere.

I mai 2003 kontaktet hun legekantoret grunnet leddsmerter. Blodprøvene ga mistanke om reumatisk lidelse. Den 01.08.03 fikk hun diagnosen bronkitt. I forbindelse med en konsultasjon den 12.08.03, sa hun at hun hadde måttet kuttet ut tobakken på grunn av tungpustethet. Legen oppfattet situasjonen som astma. Den 18.09.03 fikk kvinnen akutte smerter i høyre side av brystkassa. Primærlegen oppfattet dette som muskulære plager etter et løft på jobben noen dager tidligere. Den 28.10.03 anga hun pustebesvær i økende grad. Legen fikk mistanke om lungelidelse og ga kvinnen antibiotika. Det ble tatt bilder av lungene den 18.11.03. Bildene viste en fortetning. Den 25.11.03 ble tilstanden verre og hun kontaktet lege igjen. Legen fant ikke noe unormalt. Legen kontaktet sykehuset for en avtale. Kvinnen døde imidlertid i sitt hjem på grunn av en seilende blodpropp til lungepulsåren (massiv lungeemboli) om morgenen den 26.11.03.

De etterlatte krevde erstatning på bakgrunn av at kvinnen døde som følge av feilaktig diagnostikk av blodproppen.

De sakkyndige påpekte at diagnosen lungeemboli er svært vanskelig å stille, særlig når det foreligger andre sykdommer som kompliserer symptombildet. Symptomene kunne lett mistolkes som astma. Videre mente de at kvinnen ble utredet og behandlet i samsvar med allment aksepterte retningslinjer. PSN var enig med de sakkyndige. Symptomene ble håndtert i henhold til alminnelige medisinskfaglige retningslinjer og prinsipper. Det forelå ingen svikt ved helsehjelpen.

PSN tar, jfr. sak nr. N2004/0287, utgangspunkt i sykdommens art. Sykdommen lungeemboli er vanskelig å diagnostisere når det foreligger andre sykdommer som kompliserte symptombildet. Dersom de symptomer som foreligger er i samsvar med de symptomer feildiagnosen har etter de alminnelige medisinskfaglige retningslinjer, foreligger det ingen svikt ved helsehjelpen. Siden dette var tilfellet her, er ikke ansvarsgrunnlaget i pasientskadeloven § 2 oppfylt. Hadde det vært et rent objektivt ansvar i pasientskadeloven, ville de etterlatte trolig fått erstatning.

Et tilfelle hvor pasienten fikk erstatning, er sak nr. N2004/0114. Saken ble behandlet etter den midlertidige ordningen.

En pasient med diagnosen tykktarmkreft fikk deler av tykktarm fjernet. Senere viste det seg at pasienten ikke hadde kreft, og at sykdommen kunne vært behandlet med antibiotika.

PSN mente at symptomene som forelå, kunne indikere en tarmsykdom. Nemnda la derimot avgjørende vekt på at det skulle vært utført en ny histologisk undersøkelse for å sikre diagnosen før det

⁸¹ Gastritt: betennelse i magesekkens slimhinne. Kåss, Medisinsk ordbok. 5. utgave. 1998 s.108.

ble foretatt en omfattende operasjon. Det var ikke grunnlag for å konkludere med en alvorlig kreftsykdom ut fra de undersøkelser og kliniske funn som forelå.

Igen tar PSN utgangspunkt i selve sykdommen. I de andre avgjørelser har PSN ikke gitt erstatning fordi de symptomene som forelå, også var symptomer som også kunne indikere den feildiagnosen legen stilte. Her er dette ikke avgjørende. Forskjellen ligger i at sykdommen var såpass alvorlig at Nemnda mente at faglige normer tilsa at det skulle foretas ytterligere undersøkelser. De antagelser som legen gjorde ut fra de undersøkelser som forelå, var ikke adekvate. Hvis det er en alvorlig diagnose, stilles det altså større krav til de undersøkelsene man foretar før endelige diagnose fastsettes.

3.2.3 Ressursforbeholdet

I pasientskadeloven § 2 andre ledd andre punktum er det inntatt en ressursreservasjon. Etter denne bestemmelsen skal utilstrekkelige ressurser "ikke medføre ansvar dersom ressursfordelingen har vært forsvarlig og virksomheten i alminnelighet holder en forsvarlig standard". En pasients forventning må justeres etter den foreliggende ressursituasjonen.⁸² Mangler legen det nødvendige utstyret for å kunne få stilt en riktig diagnose i samsvar med faglige normer, og grunnen til at han ikke har nødvendig utstyr er en bevisst ressursprioritering fra politisk eller administrativt hold, vil ikke NPE være ansvarlig på legens vegne etter pasientskadeloven § 2 første ledd.⁸³

Prioriteringen må ha vært uaktsom for å medføre ansvar, siden ordlyden stiller krav til en forsvarlig ressursfordeling. Dette stemmer også overens med forsvarlighetskravet i helsepersonelloven § 4. Om en prioritering har vært forsvarlig eller ikke, må bedømmes ut fra en helhetsvurdering og ikke etter enkeltsaker.

Et annet unntak er at virksomheten må ha en "forsvarlig standard". Dette er et krav til minstestandard. Unntaket vil bare ha teoretisk betydning, siden nivået på dagens helsevesen allerede ligger over nivået til den minstestandarden lovgiveren her hadde tenkt på.⁸⁴

⁸² Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 91.

⁸³ Rasmussen, Norsk Lovkommentar, 4. utgave, 2002 Bind 3, s. 3345. Note 14.

⁸⁴ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 91.

Hvor går da grensen mellom ansvarsutløsende og ansvarsfritakende ressursmangel? Spørsmålet kan ikke avgjøres på et generelt grunnlag. Det må ses i sammenheng med legens forpliktelse til å yte.⁸⁵ NPE kan neppe unngå ansvar ved å påberope at det forelå ressursmangel hos legen hvis feildiagnosen førte til dødsfall. Hvis det ikke er snakk om en alvorlig skade som et resultat av feildiagnosen, er det nok lettere å frita legen/sykehuset for ansvar.

3.2.4 Sikkerhetsventilen

Selv om vilkårene i pasientskadeloven § 2 første ledd og andre ledd ikke er oppfylt, kan en pasient likevel ha krav på erstatning. Dette er tilfelle hvis det har "skjedd en pasientskade som er særlig stor eller særlig uventet, og som ikke kan anses som utslag av en risiko som pasienten må akseptere", jfr. pasientskadeloven § 2 tredje ledd. Loven stiller altså opp to alternative situasjoner hvor dette unntaket kan komme til anvendelse: Enten må skaden være "særlig stor", eller så må den være "særlig uventet". Vurderingen av om noen av disse vilkårene er oppfylt vil i utgangspunktet være objektiv, men må allikevel vurderes i lys av hva pasienten fikk av informasjon.⁸⁶

I vurderingen skal det "legges vekt på om det er gitt tilstrekkelig informasjon på forhånd", jfr. pasientskadeloven § 2 tredje ledd siste punktum. Dette siste punktumet har egentlig ikke noen selvstendig betydning. Grunnen er at for dårlig informasjon til pasienten vil innebære at pasientens samtykke er gitt på sviktende grunnlag, og dette vil i seg selv være svikt ved ytelsen av helsehjelp. Ett av vilkårene i pasientskadeloven § 2 første ledd vil være oppfylt, og tredje ledd vil dermed ikke komme til anvendelse.⁸⁷

I forarbeidene understrekes det at erstatning på rimelighetsgrunnlag kun skal tilkjennes i særlige tilfeller. Det er særlig de tilfeller hvor en pasient kan ha mulighet til å få billighetserstatning lovgiver her har hatt i tankene. Vurderingstemaet som brukes er om denne pasienten har kommet særlig uheldig ut i forhold til andre med den samme feildiagnosen.⁸⁸

⁸⁵ Rasmussen, Norsk Lovkommentar. 4. utgave. 2002 Bind 3, s. 3345. Note 14.

⁸⁶ Rasmussen, Norsk Lovkommentar. 4. utgave. 2002 Bind 3, s. 3345. Note 15.

⁸⁷ Jørstad, Den nye pasientskadeloven, særlig om offentlige helsetjenester. I Tidsskrift for Erstatningsrett. Nr. 2-3. 2004 s. 147.

⁸⁸ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 91.

Denne bestemmelsen kommer eksempelvis til anvendelse hvis pasienten har kommet dårligere ut av situasjonen enn andre med den samme feildiagnosen, altså fått en større økonomisk skade enn ved lignende tilfeller. Det kan være at det har oppstått komplikasjoner forut for behandlingen som gjør at denne pasienten har et dårligere utgangspunkt, og derfor får en større skade enn andre pasienter med tilsvarende feildiagnose. Om unntaket kommer til anvendelse vil måtte avgjøres etter en konkret skjønnsmessig vurdering.

3.3 Adekvat årsakssammenheng

3.3.1 Faktisk årsakssammenheng

Kravet til årsakssammenheng mellom skaden og ansvarsgrunnlaget følger av pasientskadeloven § 2 første ledd. Etter denne bestemmelsen må skaden "skyldes" et av de forholdene som er nevnt i pasientskadeloven § 2 første ledd bokstav a-e. De alminnelige rettslige prinsipper om årsakssammenheng skal legges til grunn.⁸⁹

Hensynet bak kravet om årsakssammenheng er at dersom legens feildiagnose ikke har medført noen skade, vil det være urimelig å legge ansvaret over på NPE.⁹⁰

Det alminnelige utgangspunkt er betingelseslæren. Denne læren innebærer at NPE bare blir erstatningsansvarlig når legens opptreden eller handling var en nødvendig betingelse for pasientskaden. Er ikke det økonomiske tapet en konsekvens av feildiagnosen, skal det ikke ytes erstatning på dette grunnlaget.

Prejudikatet for denne læren er P-pille-dom II, Rt. 1992 side 64. En kvinne ble rammet av atriell trombose (hjerneslag) i en pulsåre i hjernen. Trombosen førte til betydelige lammelser og hun mistet taleevnen. Samme år som hun ble rammet av trombosen, hadde hun skiftet p-pille-merke. I denne saken fant Høyesterett at bruk av p-pille hadde vært en nødvendig årsak til hjerneslaget.

Et eksempel på at kravet til årsakssammenheng ikke var oppfylt er sak nr. N2004/0266 fra PSN.

⁸⁹ Innst. O nr. 68 2000-2001 s. 10.

⁹⁰ NOU 1992: 6 s. 24.

A var hos fastlegen den 21.05.03 og fikk diagnosen lumbago-ischias.⁹¹ Det ble tatt røntgen dagen etter, men man fant ikke noe unormalt. Den 26.05.03 tok A igjen kontakt med fastlegen på grunn av smerter i rygg. Denne gang fikk A medisiner.

Den 27.05.03 oppsøkte A legevakten. Det ble funnet sterke smerter utstrålende fra rygg til hofte og ned til fot. Tilstanden ble vurdert som lumbago og A fikk med seg Voltaren. A fikk beskjed om å ta kontakt hvis det ikke ble noen bedring. Det ble avtalt en time hos primærlege neste dag. Den 28.05.03 ringte primærlegen til A uten å få svar. Den 29.05.03 fikk A hjemmebesøk av legevakten etter at hun hadde falt om hjemme på grunn av smertene. Hun ble innlagt på sykehus, og operert den 31.05.03. Det ble gjort undersøkelser som viste prolaps til venstre side.

A hadde fått lammelse i bena samt i blære og tarm, og dette mente A kunne ha vært unngått hvis riktig diagnosen hadde blitt stilt tidligere.

En spesialist mente at det ikke var svikt i primærlegens håndtering. Selv om det hadde blitt påvist prolaps ved andre typer undersøkelser, ville ikke pasienten ha blitt akseptert for innleggelse på sykehus. Spesialisten mener at det var i tråd med akseptert praksis at A fikk beskjed om å ta kontakt ved en forverring.

PSN fant det bevist at A ble innlagt på sykehus den dagen det forelå nevrologiske utfall. Dette innebar at tidsforløpet før operasjon var innenfor normale rammer. At det oppsto betydelige nerveskader må sees som et resultat av selve grunnsykdommen.

PSN mente at selv om det hadde blitt påvist prolaps tidligere, ville ikke A blitt akseptert for innleggelse på et tidligere tidspunkt. Skadene som oppsto var derfor ikke et resultat av feildiagnosen, men et resultat av grunnsykdommen. Hvis skadene hadde oppstått også uten feildiagnose, ville følgelig kravet til årsakssammenheng ikke være oppfylt. Feildiagnosen var ingen betingelse for de oppståtte skadene.

Dette slo PSN også fast i sak nr. N2004/0234.

En gutt fikk brekninger tirsdag kveld. Pasientens mor ringte til legekantoret samme kveld, og fikk beskjed fra en sykepleier at det gikk mye omgangssyke for tiden. Moren ringte tilbake natt til onsdag fordi plagene ikke ville gi seg. Sykepleieren sa det kunne ta 3-5 dager før pasienten kunne bli frisk av omgangssyke. Torsdag ringte moren til fastlegen og fikk time neste dag. Torsdag kveld kl. 22.00 ringte mor tilbake fordi hun mente at situasjonen hadde blitt verre. Hun fikk da beskjed om at omgangssyken var så sterk at det kunne ta opp til ti dager å bli frisk. Kl. 01.15 ringte mor igjen og fortalte at det nå kom blod opp sammen med brekningene. Hun fikk beskjed om at det trolig var et blodkar som hadde sprukket. Da moren ringte igjen kl. 04.20, fikk hun lov til å komme og hente kvalmestillende medikamenter.

⁹¹ Lumbago-ischias: hekseskudd med verking og smerter, eventuelt smertestrålinger og eventuelt nedsettelse av følelsen i det ene benet. Kåss, Medisinsk ordbok. 5. utgave. 1998 s. 189.

Ved konsultasjon hos legen fredag formiddag, ble pasienten innlagt på sykehus og operert for sprukket blindtarm. I forbindelse med en konsultasjon 6 dager etter utskrivningen, ble det funnet tegn til infeksjon i såret.

Pasientens mor krevde erstatning på grunnlag av at pasienten som følge av forsinket diagnose hadde blitt påført skader i form av infeksjon, psykiske plager og skjemmende arr.

En spesialist mente at selv om pasienten hadde blitt operert tidligere, ville inngrepet ha vært det samme, og risikoen for psykisk påkjenning ved behandlingen ville ha vært like stor.

PSN var enig med spesialisten. Nemnda mente at skadene var en følge av grunnsykdommen og ikke av feildiagnosen. Pasienten fikk ikke erstatning.

Igjen var ikke feildiagnosen en betingelse for skadene. Grunnen var at selv om riktig diagnose hadde blitt stilt på et tidligere tidspunkt, vil det ikke ha hatt noen betydning for skadene. Hvis skaden er en følge av grunnsykdommen, er ikke årsakskravet i pasientskadeloven § 2 oppfylt. Skader som oppstår som følge av grunnsykdommen tar ikke NPE ansvar for.

Hvis flere og innbyrdes uavhengige årsaksfaktorer har hatt innvirkning på skaden og det økonomiske tapet skaden har forårsaket, kan betingelseslæren være vanskelig å bruke for å slå fast om det rettslig sett foreligger årsakssammenheng. Her er det vanlig å skille mellom de tilfeller hvor flere årsaksfaktorer hver for seg er tilstrekkelige til å påføre pasienten en skade (konkurrerende skadeårsaker), og de tilfeller hvor flere årsaksfaktorer var nødvendige, men hver for seg ikke tilstrekkelige, til å volde skaden (samvirkende skadeårsaker).⁹²

Når det gjelder samvirkende skadeårsaker er hovedregelen at skadevolderne blir solidarisk ansvarlige, jfr. skadeerstatningsloven § 5-3 nr. 1. Skadevoldernes handlinger må alle ses på som en betingelse for at skaden oppsto.⁹³ Solidarisk ansvar innebærer at hver enkelt skadevolder er ansvarlig for hele tapet overfor skadelidte. Når den ene dekker skaden helt eller delvis, er de andre fri overfor skadelidte i samme omfang.⁹⁴ I skadeserstatningsloven § 5-3 nr. 2 er det regler om hvordan skylderne kan gjøre opp seg i mellom.

Et eksempel på samvirkende årsaker kan være at en pasient får blodpropp i lungene som følge av bruk av det betennelsesdempende medikamentet Voltaren. Når han ankommer sykehuset, mener legen at pasienten lider av hjertefeil og behandler han

⁹² NOU 1992: 6 s. 25.

⁹³ NOU 1992: 6 s. 26.

⁹⁴ Lødrup, Lærebok i erstatningsrett. 4. utg. 1999 s. 389-391.

deretter. Dessverre dør pasienten før legen fant ut at det egentlig var blodpropp pasienten led av. Her vil det være samvirkende årsaker dersom pasienten dør både på grunn av bruk av Voltaren og legens feildiagnose.

Her er det derimot et unntak. Unntaket er om legens feildiagnose bare i ubetydelig grad har medvirket til skaderesultatet. Tidligere gjaldt hovedårsakslæren her, jfr. blant annet Rt. 1933 side 931. Dette innebar at dersom skaden var et resultat av flere nødvendige årsaker, la man hele ansvaret på hovedårsaken. I Rt. 1933 side 931 ble en mann, Aase, funnet død etter en bilulykke. Obduksjonen viste at Aase hadde lidd av en alvorlig hjertestans. På side 934 sa Høyesterett at spørsmålet ble "hvorvidt det er bilulykken eller Aases sykdom som maa ansees som hovedårsaken til hans død". Under dissens kom Høyesterett til at forsikringsselskapet var ansvarlig, siden sykdommen ikke kunne anses som hovedårsak til dødsfølgen. Altså var bilulykken hovedårsaken til mannens død.

Denne dommen og hovedårsakslæren er nå forlatt. I dag har man en avdempet hovedårsakslære. Dette innebærer at man ser bare bort fra årsaker som har hatt lite å si eller vært uvesentlig for resultatet. Det ilegges ansvar bare der årsakene har vært så vesentlige i årsaksbildet at det er naturlig å knytte ansvar til dem. På grunn av dette, blir det bare en modifisert hovedårsakslære som eksisterer.⁹⁵

P-pille-dom II, Rt. 1992 side 64 er prejudikatet for denne læren. Her sier Høyesterett, på side 69, at årsakskravet normalt vil være oppfylt hvis "skaden ikke ville ha skjedd om handlingen eller unnlatelsen tenkes bort". Utgangspunktet er altså betingelseslæren. Høyesterett viser til lagmannsretten som i dette tilfellet her har funnet at hjerneslaget skyldtes et samspill av flere årsaker (samvirkende skadeårsaker). Lagmannsretten mente at kvinnens trombose skyldtes et samspill av flere årsaksfaktorer: medfødt disposisjon, mulig infeksjon, et mulig traume, alkoholkonsum og røyking. Årsakskravet var ikke oppfylt siden p-pille-bruken bare var en av årsakene. Til dette sier Høyesterett at hvis lagmannsretten har ment med dette "å stille et krav om at p-pillebruken skal ha vært hovedårsak til trombosen" for at årsakssammenhengen skal være oppfylt, er Høyesterett ikke enig. "Såfremt p-pillebruken hadde fremstått som et lite vesentlig element i skadebildet i forhold til en annen årsak som anses som den dominerende, kunne det være grunn til å se bort fra p-pillebruken ved ansvarsbedømmelsen selv om den var en betingelse for skaden." Det viktige her er at

⁹⁵ Lødrup, Lærebok i erstatningsrett. 4. utg. 1999 s. 304 –305.

Høyesterett tar avstand fra at hovedårsakslæren alltid skal følges ved samvirkende årsaker. Det avgjørende for Høyesterett er om p-pillebruken er "så vidt vesentlig i årsaksbildet at det er naturlig å knytte ansvar til den", jfr. side 70.

Ved samvirkende skadeårsaker må feildiagnosen være så vesentlig i årsaksbildet at det er naturlig å knytte ansvar til den.

Når det gjelder konkurrerende skadeårsaker som virker samtidig, kan det være vanskelig å finne den nødvendige betingelsen for at skaden har oppstått. Her vil derfor de to skadevolderne ofte bli solidarisk ansvarlige.⁹⁶ Dette prinsippet er hjemlet i rettspraksis, for eksempel Rt. 1931 side 1096. Her måtte en cellulosefabrikk betale erstatning til grunneiere på grunn av forurensning av en elv, som ble benyttet som drikkevann. At forurensningen også kunne skyldes andre årsaker, fritok ikke fabrikk for ansvar. I overrettens begrunnelse står det på side 1103 "at det ikke kan befri fabrikk for ansvar, at ogsaa andre har forurenset elven. Jeg mener, at enhver skadevolder maa bære fullt ut ansvaret for sine handlinger". Høyesterett sluttet seg til denne begrunnelsen fra overretten, jfr. side 1098 i avgjørelsen.

Prinsippet denne avgjørelsen slår fast, kan også bli aktuelt ved feildiagnose. Hvis det tas utgangspunkt i Voltaren-eksemplet ovenfor, vil både legemiddelselskapet og NPE bli erstatningsansvarlige, hvis både medikament og feildiagnosen kan ha ført til dødsfallet.

Et unntak fra solidaritetsprinsippet foreligger der årsakene har virket etter hverandre i tid. Hvis virkningen av den første skadevolders handling eller unnlatelse ikke kunne forhindres før den andre skadevolders handling tok til å virke, vil den andre skadevolder ikke være ansvarlig.⁹⁷ Hvis for eksempel medikamentet Voltaren hadde forårsaket en blodpropp som allerede hadde kommet så langt at det var umulig å redde pasienten, vil ikke NPE være erstatningsansvarlig. Dersom feildiagnosen hjertefeil økte muligheten for at pasienten ikke ville overleve, ville NPE vært ansvarlig.

3.3.2 Adekvansbegrensningen

En feildiagnose kan være årsak til en rekke skader. Skadene kan ha preg av å være direkte eller mer tilfeldige konsekvenser av feildiagnosen. Et eksempel på en

⁹⁶ NOU 1992: 6 s. 25.

⁹⁷ NOU 1992: 6 s. 25.

direkte skade, er at pasienten med feildiagnosen brystkreft får et friskt brystet fjernet, jfr. eksemplet punkt 1.5.5. En indirekte skade vil for eksempel kunne være at siden kvinnen måtte innlegges på sykehus for å få fjernet det friske brystet, fikk hun ikke levert den ukentlige lottokupongen. Tapet av en eventuell toppgevinsten i lotto vil være en tilfeldig og uventet konsekvens av feildiagnosen.

Av hensyn til NPE er det derfor en adekvansbegrensning i ansvaret. Begrensningen innebærer at pasientskaden må være adekvat, påregnelig, for at den skal medføre ansvar for NPE. Uten denne begrensningen kunne erstatningsansvaret blitt veldig tyngende for NPE. Den preventive virkningen av et mulig erstatningsansvar vil her være liten.⁹⁸ Det er vanskelig å ta forhåndsregler for å unngå skader man ikke regner med at inntreffer.

Om pasientskaden som er oppstått er påregnelig eller ikke vil avgjøres ved en konkret skjønnsmessig vurdering. Problemstillingen blir om skadefølgen er av en slik art som legens feildiagnose erfaringsmessig kan resultere i. Hvis skaden er atypisk i forhold til den risiko som er knyttet til feildiagnosen, taler dette for at skaden ikke er påregnelig og ikke noe NPE skal bære ansvaret for.⁹⁹ RG 1990 side 1052 illustrerer dette bra. I denne avgjørelsen ble korsbenbrudd ansett som en upåregnelig følge av en fødsel. Sykehuset ble ikke ansvarlige.

I tillegg er det et krav om en viss nærhet i årsakssammenhengen. Generell påregnelighet vil ikke være tilstrekkelig, hvis skaden er en fjern konsekvens av feildiagnosen.

Som regel er årsaksspørsmålet uomtvistet, men i visse tilfeller kan årsaksspørsmålet stå i en særstilling. For det første skyldes dette at skaden av og til ikke kan klarlegges fordi man ikke har tilstrekkelig kunnskap om mennesket og menneskekroppen. For det andre lar ikke alltid årsaksbildet under en diagnosefastsettelse seg rekonstruere i tilstrekkelig grad. Uklarheten i disse tilfellene blir ofte et spørsmål om hvem denne uklarheten skal ramme.¹⁰⁰ Se nærmere om dette i del 5 om bevisbyrdespørsmål.

⁹⁸ NOU 1992: 6 s. 26.

⁹⁹ NOU 1992: 6 s. 26.

¹⁰⁰ NOU 1992: 6 s. 64.

4 Erstatning etter alminnelig erstatningsrett

De alminnelige erstatningsrettslige reglene skal benyttes hvis feildiagnosen faller utenfor pasientskadelovens anvendelsesområde. Dette vil være private helsetjenester og feildiagnose som er diagnostisert før 1. januar 1988.

Alminnelig erstatningsrett kan anvendes både på norske og utenlandske forhold. Forholdet må ha en tilknytning til Norge slik at det er naturlig å anvende norske erstatningsregler. Reglene om lovvalg er ulovfestede.¹⁰¹

Etter de alminnelige erstatningsrettslige reglene er de samme tre kumulative vilkårene som må være oppfylt som etter pasientskadeloven.

4.1 Skadevilkåret

Skadevilkåret forstås likt etter pasientskadeloven og etter de alminnelige erstatningsreglene,¹⁰² se derfor punkt 2.5.

Også her er det et vilkår at skaden har resultert i et økonomisk tap eller et betydelig mén, se punkt 3.1.

4.2 Ansvarsgrunnlaget

4.2.1 Culpanormen

Et vilkår for at NPE skal bli erstatningsansvarlig for det økonomiske tapet legen har voldt pasienten, er at det foreligger et ansvarsgrunnlag. Et viktig ansvarsgrunnlag i norsk rett er uaktsomhet. Uaktsomhet, eller culpa, vil si at skadevolderen kan bebreides for den skaden som har oppstått. En pasient har fått feil diagnose på grunn av legens klandreverdige opptreden.

¹⁰¹ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 57.

¹⁰² Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 55.

Culpanormen må forankres i det som på vedkommende livsområde er en tilfredstillende, forsvarlig handlemåte. Har legen handlet slik man med rimelighet kan kreve av en lege?¹⁰³

Culpanormen er en rettslig standard,¹⁰⁴ og dette vil påvirke den skjønnsmessige vurderingen.¹⁰⁵ Legens diagnostisering skal bedømmes ut fra forutsetningen han hadde på diagnosetidspunktet. Om en leges diagnose var aktsom etter de kravene som ble stilt i 1950, er den ikke nødvendigvis det etter dagens krav.

I Rt 1919 side 1 ble en person innlagt på sinnssykeasyl etter en diagnose fra distriktslegen om at pasienten var sinnssyk og farlig for sikkerheten. Denne diagnosen viste seg i ettertid å være feil. Flertallet frifant legen, fordi det ikke var noe å bebreide han for. I denne avgjørelse slår flertallet fast at det skal tas utgangspunkt i hvordan situasjonen forelå for legen da han måtte foreta diagnostiseringen. Opplysninger som kom i ettertid og som kunnen belyse pasientens tilstand, var ikke relevante i aktsomhetsvurderingen av legens diagnose.

Culpanormens innhold kan inndeles i to elementer: Et subjektivt og et objektivt. Det kreves både at handlingen ikke burde vært foretatt (det objektive elementet) og at skadevolderen, legen, burde skjønne dette (det subjektive elementet). Begge vurderingene innebærer en rekke skjønnsmessige avveininger av rettslig art.¹⁰⁶

Etter helsepersonelloven § 4 skal en lege utføre sitt arbeid "i samsvar med de krav til faglig forsvarlighet og omsorgsfull hjelp" som det kan forventes at legen har ut fra sine "kvalifikasjoner, arbeidets karakter og situasjonen for øvrig". Mange av de momentene som har betydning for forsvarlighetsvurderingen etter helsepersonelloven § 4, er også relevante i forbindelse med den skjønnsmessige vurderingen av erstatningskravet.¹⁰⁷

¹⁰³ Lødrup, Lærebok i erstatningsrett. 4. utg. 1999 s. 128.

¹⁰⁴ "Rettslig standard" er et begrep som brukes om ord eller uttrykk som gir en anvisning på en målestokk for noe som ligger utenfor for selve begrepet. Begrepets innhold vil forandre seg over tid. Boe, Innføring i juss. 1996 s. 225.

¹⁰⁵ Kjønstad, Medisinske feil i erstatningsrettslig og helserettslig perspektiv. I Medisinske feil. 2000 s. 60.

¹⁰⁶ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 11.

¹⁰⁷ Befring, Jus for leger. 2002 s. 508.

4.2.2 Culpanormens objektive elementer

Det er en del momenter som vil være relevante i vurderingen om pasientskaden objektivt sett er forvoldt ved uaktsomhet.

Det skal tas stilling til om legens handling ved diagnosefastsettelsen er i overenskommelse med lover, forskrifter eller andre skrevne handlingsnormer. En lege er erstatningsansvarlig dersom han eller hun i forbindelse med diagnosefastsettelsen ikke overholder de krav til faglig forsvarlig opptreden som må stilles til en alminnelig dyktig lege.

Dette følger eksempelvis av Rt. 1951 side 950. En gutt ble behandlet for benbrudd. Legens diagnose for hvilken type benbrudd som forelå, var trolig feil. Det gikk koldbrann i benet, og gutten ble 40 prosent invalid. Flertallet mente legens behandling var uforsvarlig, og gutten ble tilkjent erstatning. Flertallet fant at legen hadde stilt en diagnose som forutsatte en mer risikabel behandling enn ved den riktige diagnosen. Dette skulle tilsi at legen måtte vise en særlig aktsomhet. Etter flertallets mening hadde ikke legen vist tilstrekkelig aktsomhet. Et moment i denne vurderingen var at legens kunnskaper til tidsmessig riktig bruddbehandling var ufullstendig.

Ansaret er imidlertid betinget av at det er sannsynlig at skaden ville ha vært unngått dersom forskriften, loven eller andre skrevne handlingsnormer var blitt fulgt. Den aktuelle forskrift, lov eller skrevne handlingsnorm må ha hatt til formål å beskytte mot en slik personskade. Det er i liten utstrekning gitt lover eller forskrifter om hvordan man fastsetter en diagnose. Følgelig vil skrevne regler ha liten betydning ved aktsomhetsvurderingen ved pasientskader.¹⁰⁸ Det finnes derimot en del etiske retningslinjer som leger må følge, og disse vil ha betydning ved aktsomhetsvurderingen.

Et annet moment i vurderingen om feildiagnosen objektivt sett er uaktsom, er om legen har fulgt den prosedyren som er anbefalt i dagens medisinske litteratur. Dette vil dette være et moment som taler for at legen har opptrådt forsvarlig.¹⁰⁹

En lege kan ikke unnskyldes seg med at han ikke er faglig oppdatert. Sann har det ikke alltid vært. I Rt. 1919 side 1 mente flertallet at de opplysningene som distriktslegen hadde pekte i retning av sjalusi, og ikke sinnssykdom. Den sakkyndige mente at en lege med kunnskap innenfor psykiatri her ikke ville ha forvekslet sjalusi med sinnssykdom. Flertallet la derimot avgjørende vekt på at legen i studietiden ikke hadde hatt noen

¹⁰⁸ NOU 1992: 6 s. 19.

¹⁰⁹ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 11.

obligatorisk psykiatriundervisning. Uttalelsen til den sakkyndige tolket flertallet dit hen at med den utdannelsen som denne legen hadde, ville det være mulig å forveksle sjalusi og sinnssykdom. Distriktslegen ble frifunnet. Flertallet stilte altså ikke noe krav om at siden legen ikke hadde hatt psykiatri som fag under utdannelsen sin, at han måtte ha satt seg inn i dette området i ettertid.

Dommen fra Rt. 1919 side 1 har vært kritisert, og det har vært endringer i rettstilstanden. I Rt. 1951 side 950 slo Høyesterett fast at leger har plikt til å holde seg á jour. I sin vurdering om hvorvidt legens diagnose var forsvarlig eller ikke, henviste flertallet til herredsrettens og lagmannsrettens bemerkninger. Herredsretten uttalte blant annet at "når saksøkte ikke anvender vanlig behandlingsmåte og ikke foretar hyppig kontroll må dette karakteriseres som en uaktsomhet fra hans side". Altså er det uaktsomt å ikke holde seg á jour med hvilken behandlingsmåte som er anbefalt. Dette standpunktet er senere blitt ansett som gjeldende rett.

Hvor store krav man kan stille til at legen skal holde seg faglig á jour vil kunne variere. Dersom en ny metode for fastsettelse av riktig diagnose flere ganger har vært beskrevet i faglitteraturen og omtalt på Legeforeningens kurs, må man kunne stille krav til at leger har kjennskap til den nye metoden. Har en ny metode for diagnosefastsettelse vært omtalt i en enkelt artikkel, vil ikke bruk av denne metoden ikke i seg selv være tilstrekkelig for å fastslå erstatningsansvar. Dette må også sees i sammenheng med i hvilken grad den nye metoden gir økte muligheter for å stille riktig diagnose. Dersom metoden i vesentlig grad øker sannsynlighet for dette, gir dette legen en særlig grunn til å sette seg inn i den nye metoden. Det stilles ikke like store krav hvis den gamle og nye metoden likestilles med hensyn til resultatet. Plikten til å holde seg faglig á jour må også sees i forhold til legens arbeidsområde. En lege er ikke forpliktet til å holde seg oppdatert på fagområder han ikke regner med han får bruk for i sin praksis.¹¹⁰

Ved diagnostiseringen må det kunne stilles strengere krav til en spesialist enn til en allmennlege. Spesialistordningen bygger på et krav om særlig kompetanse innenfor et avgrenset medisinsk fagområde. Det at en lege fremstår utad som spesialist, gir pasientene en forventning om at de blir undergitt særlig kyndig behandling. Dette vil ofte være avgjørende for pasientens valg av lege.¹¹¹ At det foreligger en særlig aktsomhetsplikt for leger ble fremhevet allerede i Rt. 1919 side 1. I flertallets

¹¹⁰ Brunsvig, Culpanormen for leger. I Jussens venner. Bind 18. 1983 s. 259-260.

¹¹¹ Brunsvig, Culpanormen for leger. I Jussens venner. Bind 18. 1983 s. 257-258.

begrunnelse for å frifinne distriktslegen ble det anført på side 5 at det kan ikke stilles "den fodring til skjønnsomhet paa heromhandlede felt som til en specialist i psykiatri".

Et annet moment i vurderingen er om skadeevnen er stor eller ikke. Feil diagnose kan føre til store konsekvenser for pasienten, for eksempel langt syketidsleie og i visse tilfeller dødsfall. Dette medfører at legen bør være aktsom i sin diagnosefastsettelse. Det stilles altså et krav om tilstrekkelige sikkerhetsgarantier i de tilfeller hvor skadeevnen er stor. Legen må så godt som mulig gardere seg mot at uforutsette hendelser skal inntreffe under diagnoseprosessen.¹¹²

Videre er det et moment i vurderingen om det medisinsk-tekniske utstyr og den medisinske kompetanse som var tilgjengelig ble utnyttet eller ikke.¹¹³ Hvis alt relevant utstyr som var til disposisjon ble benyttet, er dette et moment som trekker i retning av at feildiagnosen ikke var uaktsom. Dersom ikke alt medisinske utstyr ble benyttet, trekker dette i motsatt retning. Når det gjelder den medisinske kompetansen er det i dag lovfestet i helsepersonelloven § 4 andre ledd andre punktum et krav at yrkesutøvelsen, og dermed diagnostiseringen, skal "skje ved samarbeid og samhandling med annet kvalifisert personell" når pasientens behov tilsier det.

Til slutt vil også hvor mye tid hadde legen til rådighet for å stille en riktig diagnose spille inn i vurderingen.¹¹⁴ I en akuttsituasjon kan det ikke stilles like store krav som det kan gjøres under en konsultasjon på kontoret. Legens arbeidspress kan muligens også bli tillagt vekt, jfr. RG 1956 side 475. En lege som arbeidet på en diagnosestasjon hadde ventet lenge med å innkalle en pasient til etterkontroll. Retten fant her at man ikke kunne bebreide legen fordi hans arbeidsbyrde hadde gjort det umulig for han å foreta etterundersøkelser. I aktsomhetsvurderingen ble det lagt vekt på at arbeidspresset skyldtes legemangel i området, og at han var den eneste lungespesialisten i området. At legen hadde gitt overordnede beskjed om sin situasjon ble også vektlagt. Avgjørelsen er gammel, og dens rettskildemessige betydning er dermed svekket. Legens arbeidspress kan derfor i dag trolig ikke tillegges stor vekt i aktsomhetsvurderingen.

¹¹² Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 11.

¹¹³ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 11.

¹¹⁴ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 11.

4.2.3 Culpanormens subjektive elementer

Det subjektive elementet i culpanormen er at legen må kunne bebreides for ikke å ha overholdt kravene til forsvarlig adferd, jfr. punkt 4.2.2.

Hvis man kommer til at legen har opptrådt objektivt uaktsomt etter den objektive vurderingen, vil som regel de subjektive vilkårene også være oppfylt. En lege kan ikke unnskyldes seg med uvitenhet om hvordan man stiller en riktig diagnose.¹¹⁵

Selv om den objektive siden av culpanormen er oppfylt, kan det allikevel være tilfeller der det subjektive elementet ikke er oppfylt.¹¹⁶ Det er i disse tilfellene at forskjellen mellom "svikt" etter pasientskadeloven § 2 første ledd bokstav a og uaktsomhet etter de alminnelige reglene vil komme frem. Pasienten som omfattes av pasientskadeloven har et erstatningsrettslig sterkere vern, enn pasienten som faller utenfor. Siden de subjektive vilkårene som regel vil være oppfylt hvis de objektive er oppfylt, vil det som regel ikke bli noe forskjell om erstatningskravet blir vurdert etter pasientskadeloven eller de ulovfestede reglene. Derfor vil den videre redegjørelsen her også påpeke når denne forskjellen vil oppstå.

Vurderingen av om legen kan bebreides for feildiagnosen, vil bli påvirket av at medisin ikke er noen eksakt vitenskap. Å fastslå en diagnose er en skjønnspreget avgjørelse hvor også legens erfaring spiller en viktig rolle, jfr. punkt 1.2.2. Selv om diagnosen objektivt sett viser seg å være uriktig, vil det ikke alltid være noe å bebreide legen for.¹¹⁷ På siden 952 i Rt. 1951 side 950 sier førstvoterende at det ikke finnes "grunnlag for å karakterisere" lege Taraldsruds diagnose "som uforsvarlig, selv om jeg må gå ut fra at den var uriktig. Spørsmålet blir da om Taraldsruds behandling av bruddet kan karakteriseres som uforsvarlig når man legger til grunn hans bedømmelse av situasjonen". Siden førstvoterende skiller culpavurderingen i en objektiv og subjektiv side, åpnes det for at det ikke er noen automatikk i at det alltid er noe å bebreide en lege for at det foreligger en objektiv uriktig diagnose. Flertallet kommer her til at Taraldsrud ikke har vist tilstrekkelig aktsomhet.

Ansvarsgrunnlaget er oppfylt hvis det foreligger så klare symptomer at en alminnelig dyktig lege som arbeider på det aktuelle fagområdet klart bør kunne stille en riktig diagnose.

¹¹⁵ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 11-12.

¹¹⁶ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 12.

¹¹⁷ Brunsvig, Culpanormen for leger. I Jussens venner. Bind 18. 1983 s. 306.

Hvis legen stiller feil diagnose fordi han mangler spesialistkompetanse, vil dette være unnskyldelig forutsatt at dette er et tilfelle hvor pasienten ikke burde henvises til en spesialist.¹¹⁸ I helsepersonelloven § 4 andre ledd at det er et krav til at legen innser sin egen medisinske begrensinger. Helsepersonell, blant annet leger, "skal innrette seg etter sine faglige kvalifikasjoner, og skal innhente bistand eller henvise pasienter videre der dette er nødvendig". Avgjørende for vurderingen vil være hvor alvorlig tilfellet fremsto å være for legen på bakgrunn av synlige symptomer og pasientens forklaring. Dette er naturlig siden legen ellers ikke vil ha mulighet for å innse den risiko hans diagnose kan innebære. Dette må legen ta stilling til under hele prosessen og ikke bare i begynnelsen av behandlingen.¹¹⁹

Legens karaktertrekk kan også spille en rolle i diagnosefastsettelsen, for eksempel om legen er glemsom, trett, overfladisk eller har dårlig syn. Unnskyldelige karaktertrekk er sjeldent påberopt i erstatningssaker. Som nevnt over er det et krav at legen skal innse sin egen medisinske begrensning, jfr. helsepersonelloven § 4. Hvis karaktertrekk tillegges vekt, vil en lege kunne påberope seg trøtthet som unnskyldningsgrunn ved enhver anledning. Det kan virke vilkårlig for en pasient om dette skulle tillegges vekt. Pasienten har vanligvis ingen forutsetninger for å vurdere hvilken risiko det foreligger ved å benytte den enkelte lege. Legens karaktertrekk kan følgelig ikke tillegges vekt. Det eneste tilfellet dette kan være et moment, er hvis det oppstår et akutt og øyeblikkelig behov for at legen stiller en diagnose på tross av sin reduserte tilstand, typisk i en øyeblikkelig-hjelp situasjon, og man ikke kan skaffe mer kvalifisert hjelp i tide.¹²⁰

Videre kan det stilles spørsmål om legen kan bebreides for ikke å ha oppdaget at pasienten led av en sykdom i forbindelse med en konsultasjon. Kravet til grundighet ved en undersøkelse vil variere etter dens formål. Ved vanlige undersøkelser er det tvilsomt om man kan kreve at legen skal konsentrere seg om å finne eventuelle andre sykdomstegn hos pasienten. Men det kan tenkes enkelte tilfeller der dette bør kunne kreves. Dette vil typisk være i situasjoner der sykdomssymptomene er så åpenbare og

¹¹⁸ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 12.

¹¹⁹ Brunsvig, Culpanormen for leger. I Jussens venner. Bind 18. 1983 s. 261.

¹²⁰ Brunsvig, Culpanormen for leger. I Jussens venner. Bind 18. 1983 s. 311-313.

tyder på sykdom av en så alvorlig karakter at det vil være uaktsomt om legen ikke foretar nærmere undersøkelser.¹²¹

Forholdene legen arbeidet under kan også ha betydning, jfr. Rt. 1951 side 950. Høyesterett påpekte de vanskelige forhold landdistriktslegene jobbet under. På 1950-tallet hadde ikke alle hus veiforbindelse siden veiutbyggingen ikke hadde kommet like langt som i dag. Legens arbeidsforhold ble ikke avgjørende her. På side 953 sier flertallet at legen burde ha "beordret gutten innlagt på sykehus eller sørget for betryggende lægetilsyn". Det blir påpekt på at gutten bodde i nærheten av veien og at det ikke var vanskelig å få tak i en bil.

Et annet moment i vurderingen er skadelidtes forhold. Dette kan være at pasienten har gitt uriktige opplysninger om sitt sykdomsbilde.¹²² Det kan være tidligere sykdommer, sosiale forhold eller sykdommer som ligger i familien som pasienten av en eller annen grunn ikke vil at legen skal få rede på. Hvis legen bruker disse feilaktige opplysningene i diagnosefastsettelsen, vil dette kunne være et moment som trekker i retning av at legen ikke kan bebreides for feildiagnosen..

Legens testutstyr kan også få betydning i vurderingen.¹²³ Hvis feil ved testutstyret er grunnen til feildiagnosen, vil det som regel være noen andre som er de erstatningsansvarlige, for eksempel produsenten av utstyret. Var legen klar over at det utstyret han brukte i diagnosefastsettelsen kunne gi uriktige opplysninger, vil det derimot kunne være et moment for å ilegge ansvar.

I tillegg står det i forarbeidene at det er unnskyldelig at en lege misforstår reglene om hva han eller hun kan gjøre uten samtykke på et vanskelig punkt.¹²⁴ Dette vil trolig ikke være aktuelt i forbindelse med feildiagnose. For at man skal kunne bli frisk, må man få en diagnose man kan forta behandlingen etter. Så når man tar kontakt med legen, har man samtykket i at det blir stilt en diagnose. Se nærmere del 5.

På bakgrunn av de nevnte momentene må det foretas en helhetsvurdering av den konkrete situasjon for å finne ut om legens diagnose var forsvarlig eller ikke.

¹²¹ Brunsvig, Culpanormen for leger. I Jussens venner. Bind 18. 1983 s. 266-267.

¹²² Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 12.

¹²³ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 12.

¹²⁴ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 12.

4.2.4 Graden av uaktsomhet

Hvis man kommer frem til at legen har opptrådt uaktsomt, er dette tilstrekkelig for å oppfylle ansvargrunnlagsvilkåret. Om feildiagnosen kan karakteriseres som grovt uaktsom eller forsettlig, spiller ingen rolle.¹²⁵

4.2.5 Hvor streng er culpanormen?

Det må foreligge relativt graverende forhold for at en lege skal bli kjent erstatningsansvarlig på culpagrunnlag.¹²⁶ I en undersøkelse foretatt av Asbjørn Kjønstad, se også punkt 1.3, avsa Høyesterett i løpet av 1900-tallet 34 dommer i erstatningssaker i forbindelse med feilbehandling og lignende. I bare fem av disse sakene kom Høyesterett frem til at legen hadde opptrådt uforsvarlig. Denne undersøkelsen tyder på at Høyesterett har vært særlig mild ovenfor legene i sin uaktsomhetsvurdering. Følgen er at pasientene har fått et svakt erstatningsrettslig vern.¹²⁷

I erstatningssakene har de sakkyndiges vurderinger blitt tillagt stor vekt. En oppfatning rundt dette har vært at leger som er sakkyndige i saker som reises mot deres kolleger, har prøvd å unnskyldte dem. I 1980-årene kom det et omslag, da ble de sakkyndige ofte mer kritisk og strengere i sin vurdering av sine kolleger.¹²⁸

På 1980-tallet ble også kravene som Høyesterett stilte overfor legen skjerpet. Dette gjaldt først og fremst kravet til dokumentasjon. I Rt. 1977 side 1035 ble kravene til journalføring skjerpet da pasienten fikk innsyn i sin egen sykejournal. At kravene ble skjerpet kan også ha en sammenheng med den generelle styrkingen av pasientrettighetene som skjedde i lovgivningen på 1980-tallet, se punkt 1.3. Kjønstad mener at 1990-tallet representerer et tilbakeslag i pasientenes erstatningsrettslige vern.¹²⁹

¹²⁵ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 12.

¹²⁶ Brunsvig, Culpanormen for leger. I Jussens venner. Bind 18. 1983 s. 313.

¹²⁷ Kjønstad, Medisinske feil i erstatningsrettslig og helserettslig perspektiv. I Medisinske feil. 2000 s. 62-63.

¹²⁸ Kjønstad, Medisinske feil i erstatningsrettslig og helserettslig perspektiv. I Medisinske feil. 2000 s. 64.

¹²⁹ Kjønstad, Medisinske feil i erstatningsrettslig og helserettslig perspektiv. I Medisinske feil. 2000 s. 68-69.

Det synes imidlertid at vurderingen av legeansvaret i utgangspunktet er basert på de samme problemstillingene og undergitt de samme retningslinjene som gjelder ellers i erstatningsretten. Allikevel foreligger det noen særhensyn som kanskje gjør at aktsomhetsvurderingen av leger blir litt mildere enn ellers i erstatningsretten.¹³⁰

Legen har et yrke som i mange tilfeller er risikofylt. Legen kan lett skade andre, og en pasients sykdom kan i noen tilfelle representere en høy grad av risiko for skade. Legen må til tider jobbe under tidspress, og av og til må man benytte seg av risikofylte metoder for å kunne hjelpe pasienten.¹³¹

Medisin er som nevnt et fag som bygger på erfaring. Legen må i visse tilfeller basere sin diagnose på skjønnsmessige vurderinger, se punkt 1.2.2. En konsekvens av dette er at legen i visse tilfeller ikke har mulighet til selv å innse at hans diagnose kan forårsake skade, og mulighetene til å begrense skaden vil være små. I dette tilfellet vil det være vanskelig å bebreide legen for skaden.¹³²

Hvor streng bør uaktsomhetskravet være i praksis? Etter min mening bør uaktsomhetsvurderingen være lik som på andre områder i erstatningsretten. At det finnes særhensyn som kan gjøres gjeldende innenfor pasientskadeerstatningen er etter min mening ikke noe pasientene skal bære de økonomiske konsekvensene av.

Et annet moment for en strengere uaktsomhetsvurderingen er at man da kan utligne den forskjell det er mellom pasientskadeloven og de ulovfestede reglene. Konsekvensen av dette vil bli at alle feildiagnoser får en tilnærmet lik vurdering.

Hvis man innfører en strengere uaktsomhetsvurdering, vil dette kanskje også medføre at fokusen på legens skyld blir mindre. Fokus bør etter min mening være på pasienten og den uheldige situasjon pasienten har kommet i.

På bakgrunn av dette mener jeg at culparegelen bør være strengere enn det den er i praksis. Det bør i hvert fall ikke være mildere enn ellers i erstatningsretten.

4.2.6 Erstatning på ulovfestet objektivt grunnlag

Høyesterett har sagt at det må være lovgivers oppgave å vurdere om objektivt ansvar skal innføres for pasientskader. Dette følger eksempelvis av Rt. 1990 side 768.

¹³⁰ Brunsvig, Culpanormen for leger. I Jussens venner. Bind 18. 1983 s. 314.

¹³¹ Brunsvig, Culpanormen for leger. I Jussens venner. Bind 18. 1983 s. 314.

¹³² Brunsvig, Culpanormen for leger. I Jussens venner. Bind 18. 1983 s. 315.

På side 777 står det at man her står "overfor et tragisk tilfelle hvor gjeldende rett ikke gir grunnlag for objektivt ansvar for det offentlige. Som fremholdt i Rt. 1978 side 482, må det være en lovgivningsoppgave å vurdere om objektivt ansvar skal innføre i tilfeller av skader påført ved opphold eller behandling i sykehus".

I neste avsnitt vises det til at myndighetene med opprettelsen av Lødrup-utvalget, har "anmodet om at spørsmål av den karakter som denne sak gjelder, blir undergitt nærmere utredning som de lovgivende myndigheter etter et bredt lovforarbeid senere vil ta standpunkt til. I en slik situasjon bør domstolene etter mitt syn vise tilbakeholdenhet med en rettsskapende virksomhet."

Det foreligger etter dette ikke noe objektivt ansvar for pasientskade på grunn av feildiagnose på ulovfestet grunnlag.

4.3 Adekvat årsakssammenheng

Siden man, som nevnt i punkt 3.3.1, skal legge til grunn de alminnelig rettslige prinsipper om årsakssammenheng i forståelsen av årsakskravet i pasientskadeloven § 2 første ledd er oppfylt,¹³³ vil kravet om årsakssammenheng etter pasientskadeloven og etter alminnelig erstatningsrett bli forstått likt. Se derfor punkt 3.3.1 og 3.3.2.

¹³³ Innst. O nr. 68 2000-2001 s. 10.

5 Bevisbyrden

Etter pasientskadeloven er det i utgangspunktet den skadelidte som har bevisbyrden for at det foreligger en skade, og at denne skaden skyldes svikt ved ytelsen av helsehjelp eller et annet ansvarsgrunnlag etter loven. Dette er i overensstemmelse med det utgangspunktet som er i erstatningsretten ellers.¹³⁴

Hvor strenge krav det bør stilles til bevisene? Hovedregelen er at det må foreligge sannsynlighetsovervekt. I P-pille-dom II, Rt. 1992 side 64, sier Høyesterett at det vil "være tilstrekkelig at det foreligger sannsynlighetsovervekt for at p-pillebruken har vært nødvendig medvirkende årsak til skaden" for at årsakskravet skal være oppfylt. Følgelig må det være mer enn 50 % sannsynlig for at feildiagnosen har resultert i den økonomiske skaden.

Når det gjelder personskader har Høyesterett tidligere stilt krav om "rimelig sannsynlighetsovervekt", både når det gjelder kravet om uaktsomhet, jfr. Rt. 1980 side 1299, og kravet til årsaksammenheng, jfr. Rt. 1974 side 1160 (P-pille-dom I).¹³⁵

I Rt 1980 side 1299 fikk en kvinne skadet en nerve i høyre arm under en underlivsoperasjon. Kvinnen ble ikke tilkjent erstatning. Flertallet mente at det ikke forelå sannsynlighetsovervekt for at skaden kunne tilbakeføres til forhold som kunne bebreides personalet som uaktsomhet. Høyesterett viste til Rt. 1979 side 1224, hvor det var krav til en "rimelig overvekt av sannsynlighet for at det påståtte skadegjørende forhold har ført til skaden". Her var det snakk om beviskravene når det gjelder kravet til årsaksammenheng. I neste avsnitt mente Høyesterett at det samme kravet til bevis også må gjelde ansvarsgrunnlaget.

Pasientskadeloven har med en særlig bevisregel endret på kravet til rimelig sannsynlighetsovervekt. I § 3 første ledd står det at hvis det ikke kan bringes på det rene hva som er årsak til pasientskaden, "og skaden sannsynligvis skyldes ytre påvirkning på en pasient under behandlingen, skal det normalt antas at skaden skyldes feil eller svikt

¹³⁴ Jørstad, Den nye pasientskadeloven, særlig om offentlige helsetjenester. I Tidsskrift for Erstatningsrett. Nr. 2-3. 2004 s. 147.

¹³⁵ NOU 1992: 6 s. 28.

ved ytelsen av helsehjelpen". Dette er en videreføring av et prinsipp PSN har praktisert: Er årsaken uavklart, og det er sannsynlig at skaden skyldes feildiagnosen eller ytre påvirkning under behandlingen, skal som hovedregel beviskravene anses oppfylt.¹³⁶ Pasienten må altså ikke bevise at feildiagnosen med rimelig sannsynlighetsovervekt har forårsaket skaden.

Pasientskadeloven § 3 gjelder både spørsmålet om det foreligger ansvarsgrunnlag, og om det er årsakssammenheng mellom ansvarsgrunnlaget og pasientskaden. Bestemmelsen gjelder ikke om det er årsakssammenheng mellom pasientskaden og det tap pasienten mener han har lidt. Bestemmelsen gjelder bare der det er sannsynlig at skaden skyldtes ytre påvirkning. Den kommer for eksempel ikke til anvendelse hvis skaden skyldes disposisjon hos pasienten selv.¹³⁷

Tanken bak regelen er å hindre vidløftige vurderinger av uklare fakta. Det vil være en formodning om at når vilkårene er oppfylt, har skaden skjedd ved en svikt, dersom det ikke dreier seg om en kjent medisinsk risiko. Denne formodningen kan motbevises, og det er ikke stilt opp spesielt sterke krav til motbevisene.¹³⁸

Også ved krigspensjoneringen og yrkesskadeforsikringen er bevisbyrden snudd, men til forskjell til pasientskadeloven er kravene til motbevisene sterke. I lov om tillegg til 1) lov om krigspensjonering for militærpersoner av 13. desember 1946 og 2) lov om krigspensjonering for hjemmestyrkepersonell og sivilpersoner av 13. desember 1946 av 22. mars 1968 nr. 2 § 3 har personer som omfattes av §§ 1 og 2 rett til ytelser "med mindre det er åpenbart at det ikke kan være sammenheng mellom tap av ervervsevne og tjeneste eller fangenskap". Også i lov om yrkesskadeforsikring av 16. juni 1989 nr. 65 er det en streng omvendt bevisbyrde. Etter denne lovs § 11 andre ledd skal en skade som dekkes av yrkesskadeforsikringen "anses forårsaket i arbeid på arbeidsstedet i arbeidstiden, hvis ikke forsikringsgiveren kan bevise at dette åpenbart ikke er tilfellet."

I rettspraksis utviklet det seg på 1980-tallet en presumsjonsregel om omvendt bevisbyrde der journalen var mangelfull.¹³⁹ I Rt 1980 side 1299 forutsatte flertallet at de vanlige rutineene var fulgt, selv om dette ikke var dokumentert. I Rt. 1981 side 728

¹³⁶ Rasmussen, Norsk Lovkommentar. 4. utgave. 2002 Bind 3, s. 3345. Note 17.

¹³⁷ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 91.

¹³⁸ Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 91.

¹³⁹ Kjønstad, Kompendium i helserett. 1. utg. 2004 s. 77.

mente mindretallet at bevistvil måtte gå utover sykehuset fordi journal eller andre bevismidler, som bare sykehuset kunne ha skaffet, manglet.

I Rt. 1989 side 674 hadde Høyesterett snudd helt rundt siden Rt. 1980 side 1299. En pasient fikk erstatning da stemmebåndsnervene på begge sider ble permanent skadet. Avslutningsvis i sin begrunnelse, side 682, sa Høyesterett at det var av "avgjørende betydning at operasjonsbeskrivelsen ikke gir noen opplysning om hvorledes" legen forholdt seg under operasjonen, "og om hvilke forholdsregler som ble tatt for å hindre den fatale dobbeltsidige nerveskade. Den bevistvil som dermed foreligger om operasjonen har vært gjennomført på fullt forsvarlig og aktsom måte må, mener jeg, løses i disfavør" av sykehuset. Hvis det ikke fremgår av journalen at aksepterte rutiner ble fulgt, presumeres det at det har skjedd en svikt i helsehjelpen.

Pasientskadeloven § 3 endrer ikke på denne presumsjonsregelen.¹⁴⁰ Anvender man denne avgjørelsen på feildiagnoser, vil dette innebære at hvis journalen er ufullstendig i forbindelse med rutinene ved diagnostiseringen av feildiagnosen, vil denne tvilen komme pasienten til gode ved erstatningsspørsmålet. Ved mangelfull journalføring ved diagnosefastsettelsen blir altså bevisbyrden snudd.

Det kan også være aktuelt å snu bevisbyrden dersom helsepersonellet ikke har gjort tilstrekkelig for å sikre relevant bevismateriale eller materiale blir holdt skjult.¹⁴¹ Dette standpunktet får støtte i teorien.¹⁴² Dette innebære at hvis for eksempel et røntgenbilde, som er tatt før riktig diagnose bli stilt, er borte og røntgenbildet kunne ha slått fast at sykdommen forelå på et tidligere tidspunkt, er det sykehuset som må ha bevisbyrden for at det ikke foreligger en for sent stilt diagnose.

¹⁴⁰ Rasmussen, Norsk Lovkommentar. 4. utgave. 2002 Bind 3, s 3345. Note 17.

¹⁴¹ NOU 1992: 6 s. 29.

¹⁴² Lødrup, Lærebok i erstatningsrett. 4. utg. 1999 s. 327.

6 Samtykkets rettsvirkning ved begrensede undersøkelser forut for diagnosefastsettelsen

Vil legen være ansvarlig hvis pasienten samtykker til en behandling på bakgrunn av en diagnose som kan være feil? Problemet er trolig ikke så aktuelt i praksis. Vanligvis vil pasienten at legen skal være sikker på diagnosen før behandlingen iverksettes. I visse tilfeller kan det likevel være en relevant problemstilling.

Jeg vil belyse problemstillingen med et eksempel: Pasienten har vært igjennom mange tester og undersøkelser. Legen er fortsatt usikker på diagnosen og ønsker derfor å ta flere prøver. Pasienten er lei av alle prøvene og ber derfor legen om å behandle han ut fra den diagnosen som er mest sannsynlig etter de prøveresultatene som foreligger. Kan pasienten i et slikt tilfelle kreve erstatning hvis det viser seg at det var en feil diagnose? Vi kan også tenke oss at pasienten nekter all form for undersøkelser og tester, så legen blir tvunget til å stille en diagnose uten at det foreligger noen prøver eller tester, som kan hjelpe legen til å stille riktig diagnose.

Hvilke krav som skal være oppfylt for at man kan si at det foreligger et gyldig samtykke er regulert i pasientrettighetsloven kapittel 3 og 4. I denne oppgaven er det ikke plass til å gå nærmere inn på disse vilkårene.

Jeg vil bare nevne kort, at det er et vilkår for at det foreligger et gyldig samtykke at pasienten må få opplysning om hvilke konsekvenser feildiagnosen kan ha, jfr. pasientrettighetsloven §§ 4-1 og 3-2. Feildiagnose kan for eksempel føre til at den opprinnelige grunnsykdommen kan bli alvorligere, og i visse tilfeller fjerning av organer som kan være friske. Jeg forutsetter videre at vilkårene for gyldig samtykke er oppfylt.

Bør samtykke utelukke erstatningsansvar for NPE? Dersom det foreligger et gyldig samtykke, inntreder det i følge tradisjonelle erstatningsrettslige regler ikke erstatningsansvar, jfr. det ulovfestede legalitetsprinsippet. Ethvert inngrep overfor enkeltmenneskets selvbestemmelsesrett, også innenfor helsevesenet, krever at det foreligger et gyldig rettsgrunnlag. Et slikt gyldig rettsgrunnlag kan være den enkeltes

samtykke.¹⁴³ Spørsmålet videre er om det er rimelig at den pasienten som blir informert om at det kan være to mulige diagnoser, og som samtykker til den ene diagnosen, skal stilles erstatningsrettslig svakere enn den som ikke blir informert om dette.

Et informert samtykke til etterfølgende behandlingen til den mest sannsynlige diagnose, innebærer en aksept av den risiko som er forbundet med at diagnosen kan være feil. Har man akseptert at det foreligger en risiko for at den er feil, er det ikke rimelig at man skal kunne kreve erstatning dersom risikoen blir realisert. Det er ikke rimelig at det bare er legen, og ikke pasienten, som må bære konsekvensen av sine valg.¹⁴⁴

Hensynene bak det objektive ansvaret trekker også i retning av at gyldig samtykke bør utelukke erstatningsansvar. Et objektivt ansvar skal verne individet mot uventede og upåregnelige farer, og ikke mot risikofaktorer som skadelidte har akseptert å utsette seg selv for. Hensynene om å verne en pasient for skade blir ikke like sterke, når pasienten har full kunnskap om den mulige risikoen og har valgt å ta denne risiken.¹⁴⁵

Siden pasienter ofte er i en situasjon hvor de har nok med å være syk eller skadet, vil det kunne virke urimelig i visse tilfeller at pasienten også skal nektes erstatning. Pasienten kan ha dårlige forutsetninger for å treffe en informert beslutning, siden samtykket gjelder faglige spørsmål som en pasient normalt ikke har full oversikt over.¹⁴⁶

Dette kan ikke bli avgjørende. Risikoen ved at pasienten tar stilling til et faglig spørsmål som han ikke har faglig forutsetninger til å innse konsekvensene av, vil bli redusert av legens informasjonsplikt. Dette er som nevnt et av kravene som stilles til et gyldig samtykke.

Sett under ett, trekker dette i retning av at pasienten selv må ta ansvaret hvis han samtykker til en behandling på bakgrunn av feil diagnose.

Selvbestemmelsesretten kan på den andre side ikke trekkes så langt at det blir akseptabelt at helsepersonell driver uforsvarlig virksomhet. Etter helsepersonellovens § 4 er det et krav til helsepersonell at de "skal utføre sitt arbeid i samsvar med de krav til

¹⁴³ Syse, Pasientrettighetsloven med kommentarer. 2. utgave 2004 s. 236.

¹⁴⁴ Sinding Aasen, Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling. 2000 s. 629.

¹⁴⁵ Sinding Aasen, Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling. 2000 s. 629.

¹⁴⁶ Sinding Aasen, Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling. 2000 s. 629.

faglig forsvarlighet og omsorgsfull hjelp som kan forventes ut fra helsepersonellens kvalifikasjoner, arbeidets karakter og situasjonen for øvrig". Det vil trolig ikke være forsvarlig å behandle en pasient ut fra en diagnose som legen ikke anser som sikker. Dette vil også avhenge av hvor alvorlig diagnose det er snakk om, men også den minst alvorlige feildiagnose kan få store konsekvenser. Mener legen derfor at den diagnosen som pasienten samtykker i ikke er forsvarlig, må han gi pasienten beskjed om at han enten må finne seg en annen lege som mener at den er forsvarlig eller akseptere at legen tar flere prøver slik at han kan bli sikker i sin diagnose.

7 Avsluttende bemerkninger

Når det gjelder den videre fremtid for pasientens erstatningsrettslige vern ved feildiagnoser, må det etter min mening være en prioritet å gi alle feildiagnoser samme erstatningsrettslige vern. Dette gjør man ved at pasientskader i den private helsetjenesten også omfattes av pasientskadeloven. Om det er noen stor forskjell i ansvarsgrunnlaget etter pasientskadeloven og etter de ulovfestede rettsreglene er som nevnt usikkert, men man vil i hvert fall få et enhetlig erstatningsrettslig vern for pasientene. Dette vil styrke pasientens stilling. Slik regelverket er i dag, er det en fare for at rettstilstanden kan virke uoversiktlig, og dette kan føre til at pasienter verger seg mot å fremme krav de mener de kan ha rett på.

For at en pasient skal få tilkjent erstatning, er pasienten i de fleste tilfeller avhengig av støtte fra en spesialist. Spesialisten må konkludere med at det foreligger en svikt i forbindelse med diagnostiseringen. Miljøene innenfor de forskjellige medisinske fagområdene er kanskje ikke så store i Norge. Når legen uttaler seg som spesialist, er det ikke så lett å si at en lege man kjenner veldig godt ikke har opptrådt i tråd med medisinske retningslinjer. I neste sak er kanskje rollene byttet. Den "kameratmentaliteten", som det er en fare for at eksistere blant legene, vil dermed svekke pasientens vern. Fokus har gått bort fra pasientene, som faktisk er de mest skadelidte i dette tilfellet, og over til leger og sykehus som kan tape prestisje. Det må bli akseptert at skader oppstår, og at man må ta konsekvensene av dette. I dag er heldigvis dette ikke et like stort problem som det var tidligere.

På den annen side mener jeg at det er viktig at vi ikke tilnærmer oss amerikanske tilstander i alt for stor grad. Pasientene må også innse at leger kan gjøre feil og at de av og til bare kom ut av en situasjon litt uheldig. Pasientene skal ikke tjene penger på at det oppstår en pasientskade.

Utviklingene av pasientrettighetene har kommet et langt stykke på vei, men fortsatt ser det ut som om pasientene må bære de negative følgene i en viss større grad enn det norske helsevesenet. Etter min mening, er det fortsatt et stykke igjen til vi er i den situasjon at pasientene har fått et tilstrekkelig erstatningsrettslig vern.

8 Litteraturliste

Bøker:

Aasen, Henriette Sinding. *Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling*. Bergen: Fagbokforlaget, 2000. ISBN 82-7674-531-8.

Befring, Anne Kjersti, *Jus for leger*. Anne Kjersti Befring, Nils J. Grytten og Bente Ohnstad. Kristiansand: Høyskoleforlaget AS, 2002. ISBN 82-7634-310-4.

Boe, Erik, *Innføring i juss: juridisk tenkning og rettskildelære*. Oslo: Tano Aschehoug, 1996. ISBN 82-518-3453-8.

Breivik, Erling B, Norsk Pasientskadeerstatning: Reparering av skader og forebygging av feil. I: *Medisinske feil*. Aslak Syse, Reidun Førde, Olav Helge Førde (red.). Oslo: Gyldendal Akademisk ANS, 2000. side 81 –107. ISBN 82-417-1140-9.

Brunsvig, Jørgen, Culpanormen for leger. I: *Jussens Venner*. Hefte 8/9. Oslo: Universitetsforlaget, 1983. side 243-328.

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*. 5 utg. ved Jan E. Helgesen, Oslo: Universitetsforlaget. 2001. ISBN 82-518-3988-2.

Jørstad, Rolf Gunnar, Den nye pasientskadeloven, særlig om offentlige helsetjenester. I: *Tidsskrift for Erstatningsrett*. Nr. 2-3. Årgang 1. Oslo: Gyldendal Akademiske, 2004. side 138-153.

Kjønstad, Asbjørn, *Erstatningsretten i utvikling*. Oslo: Universitetforlaget, 2003. ISBN 82-15-00388-5.

Kjønstad, Asbjørn, *Kompendium i helserett*. Oslo. Gyldendal Akademisk. 2003.
1.utgave, 2. opplag. ISBN 82-05-32728-9.

Kjønstad, Asbjørn, Medisinske feil i erstatningsrettslig og helserettslig perspektiv. I:
Medisinske feil. Aslak Syse, Reidun Førde, Olav Helge Førde (red.). Oslo: Gyldendal
Akademisk ANS, 2000. s 59 –79. ISBN 82-417-1140-9.

Kåss, Erik (hovedredaktør). *Medisinsk ordbok*. 5. utgave. Oslo: Kunnskapsforlaget,
1998. ISBN 82-573-0765-3.

Lødrup, Peter, *Lærebok i erstatningsrett*. 4. utgave. Oslo, 1999. ISBN 82-91724-05-9.

Nøkleby, Marit, Nye regler om pasientskader – betydning for forsikringsselskapene.
I: *Tidsskrift for Erstatningsrett*. Nr. 2-3. Årgang 1. Oslo: Gyldendal Akademiske, 2004.
side 154-165.

Rasmussen, Ørnulf. I: *Norsk Lovkommentar*. 4.utgave. Bind 3. Gyldendal Norske
Forlag, 2002. ISBN 82-05-30946-9.

Reiersen, Nina, Ny lov om pasientskadeerstatning, særlig om private helsetjenester.
I: *Tidsskrift for Erstatningsrett*. Nr. 2-3. Årgang1. Oslo: Gyldendal Akademiske, 2004.
side 123-137.

Syse, Aslak, *Helserettslige dommer siden 1985*. I Lov og Rett nr. 7-8. Oslo:
Universitetsforlaget, 2004. side 387 – 439.

Syse, Aslak, *Pasientrettighetsloven med kommentarer*. 2. utgave. Oslo: Gyldendal
Akademisk, 2004. ISBN 82-05-31546-9.

Offentlige dokumenter:

ICPC, ICHPPC-2-Defined, IC-Process-PC – Klassifikasjoner og definisjoner for primærhelsetjensten. WONCAs internasjonale klassifikasjoner og definisjoner tilrettelagt for Norge. Norsk selskap for allmennmedisin er ansvarlig for den norske utg. som er oversatt og bearbeidet av Bent Guttorm Bentsen. Oslo: Tano, 1991.
ISBN 82-518-2854-6

Innst. O. nr. 68 2000-2001, Innstilling til Odelstinget fra sosialkomiteen om lov om erstatning ved pasientskader mv (pasientskadeloven).

NOU 1992: 6. Erstatning ved pasientskader.

Ot.prp. nr. 31 (1998-99): Om lov om erstatning ved pasientskader (pasientskadeloven).

Ot.prp. nr. 74 2002-2003: Om lov om endringer i lov av 15. juni 2001 nr. 53 om erstatning ved pasientskader mv. (pasientskadeloven).

Norsk Retstidende (Rt.):

1919 side 1

1931 side 1096

1933 side 931

1951 side 950

1977 side 1035

1978 side 482

1979 side 1160

1979 side 1224

1980 side 1299

1981 side 728

1989 side 674

1990 side 768

1992 side 64

1998 side 1336

1999 side 203

Rettens gang (RG):

1956 side 475

1990 side 1052

Praksis fra PSN:

N2004/0114

N2004/0234

N2004/0266

N2004/0287

N2004/0407

N2004/0466

Annet:

23.03.05. "Luft i magen" var hjertefeil. I: Verdens Gang [Sitert: 23.03.05]

Tilgang: <http://www.vg.no/pub/vgart.hbs?artid=271307>.

Viken, Trond. 17.03.05. Sendt hjem med hjerneblødning. I: Verdens Gang

[Sitert: 17.03.05] Tilgang: <http://www.vg.no/pub/vgart.hbs?artid=270656>.

Vinding, Anne. 23.04.05. Fjernet magesekke til frisk pasient. I: Verdens Gang [Sitert:

24.03.05] Tilgang: <http://www.vg.no/pub/vgart.hbs?artid=274922>

Willumstad Thomsen, Mette. Norsk Pasientskadeerstatning. Telefonsamtale angående statistikk den 15.04.05.

A